RECHTSGESCHÄFT, GESETZESVERSTOSS UND § 134 BGB

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des Akademischen Grades eines
Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von
Till Amm
aus Wuppertal

1982

RECHTSGESCHÄFT, GESETZESVERSTOSS UND § 134 BGB

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des Akademischen Grades eines
Doktors der Rechte
durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von
Till Amm
aus Wuppertal

Dekan:	Professor Dr. Krampe
Erstberichterstatter:	Professor Dr. Schmiedel
Zweitberichterstatter:	Professor Dr. Dilcher
Tag der mündlichen Prüfung:	28. Januar 1982

UNIV. LEIDEN BIBL.

M E I N E N E L T E R N

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 1

1.Teil

Die gegenwärtige Problematik des § 134 BGB

§ 1 Ein erster Überblick 6

§ 2 Die Entstehungsgeschichte der Norm 10

I. Die Norm im Vorentwurf des Allgemeinen Teils 10

II. Die Beratung des § 134 BGB in der 1. und 2.Kommission 16

1. Die Arbeit der 1.Kommission 16

2. Die Arbeit der 2.Kommission 19

III. Das weitere Gesetzgebungsverfahren 19

2.Teil

Ein gegen ein gesetzliches Verbot verstoßendes Rechtsgeschäft

§ 3 Ein Überblick über das weitere Vorgehen 21

1.Abschnitt

Die Vornahme eines Rechtsgeschäftes unter gesetzwidrigen Umständen

§ 4 Der Begriff "Rechtsgeschäft" 23

I. Die besondere Bedeutung des Begriffes "Rechtsgeschäft" im Rahmen des § 134 BGB . 24

II. Zum rechtstheoretischen Gehalt des Begriffes "Rechtsgeschäft": Der Zusammenhang zwischen Willenserklärung und Rechtsfolge 27

§ 5 Der Begriff "Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot" 37

I. Die besondere Bedeutung des Begriffes "Verbotsverstoß" im Rahmen des § 134 BGB 37

II. Die rechtstheoretische Erfassung des Begriffes "Verbotsverstoß" 42

1. Die Struktur verbietender Rechtssätze im Allgemeinen 42
2. Die besondere Struktur solcher Normen, die die Vornahme von Rechtsgeschäften untersagen 49

a) Die Erfolgsbezogenheit von Rechtsgeschäftsverboten 49
b) Die Bedeutung rechtsgeschäftlicher Verbote unter dem Blickwinkel der bei Erfolgsdelikten wesensmäßigen Kausalbeziehung von Tathandlung und Taterfolg 52

(1) Die Behandlung der Kausalitätsfrage bei rechtsgeschäftlichen Verboten in der Literatur 54
(2) Der Gebrauch anerkannter Gestaltungsmöglichkeiten als eine Form erfolgsbezogenen deliktischen Handelns? Theoretische Vorüberlegungen zu einer Kritik an dieser Anschauung 62

3. Folgerungen aus der besonderen Struktur rechtsgeschäftlicher Verbote im eigentlichen Sinne für das Zusammentreffen von Rechtsgeschäft und Gesetzesverstoß im Allgemeinen, eine Arbeitshypothese 69

§ 6 Der Begriff des "gegen ein Gesetz verstoßenden Rechtsgeschäftes", Sammelbezeichnung ohne materiellen Gehalt? Eine Analyse anhand von Beispielen als "verboten" qualifizierter Rechtsgeschäfte 71

I. Die gegen § 246 StGB verstoßende Veräußerung fremder Sachen an einen gutgläubigen Erwerber 71

1. Die Bedeutung der Willenserklärung des Nichtberechtigten als Element des gutgläubigen Eigentumserwerbes 71
2. Die Bedeutung der Willenserklärung des Nichtberechtigten als strafrechtlich relevantes Handeln im Sinne des § 246 StGB 79

3. Die Bedeutung der Willenserklärung des Nichtberechtigten als deliktsrechtlich relevantes Handeln im Sinne des § 823 Abs.1 BGB 92
4. Schlußfolgerung 99

II. Das betrügerische Rechtsgeschäft 103

1. Der Eingehungsbetrug 103

a) Die Abgabe einer Willenserklärung als tatbestandsmäßiges Verhalten im Sinne des § 263 StGB 104
b) Die Bindung des Getäuschten an das anfechtbare Rechtsgeschäft als Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB 108

2. Der "Dreiecksbetrug" als eine Form der gegen § 263 StGB verstoßenden rechtsgeschäftlichen Betätigung 111

a) Die gegen § 263 StGB verstoßende Veräußerung fremder Sachen an einen gutgläubigen Erwerber 112
b) Das gegen § 263 StGB verstoßende Einziehen von Forderungen durch Nichtberechtigte 115

3. Schlußfolgerung 118

III. Der gegen § 302 a StGB verstoßende Abschluß eines wucherischen Verpflichtungsgeschäftes 121

1. Gemeinsamkeiten und Eigenarten der "abgewucherten" Leistungsversprechen einerseits und der durch Täuschung oder Drohung beeinflußten Verpflichtungsgeschäfte andererseits 122

a) Die durch die §§ 253, 263 und 302 a StGB geschützten Rechtsgüter und das Wesen der gegen sie vorgetragenen Angriffe 122
b) Die Auswirkungen abgewucherter Leistungsversprechen einerseits und erschlichener bzw. erpresster Verpflichtungserklärungen andererseits auf das Vermögen des Betroffenen .. 123

2. Das Verhältnis des strafrechtlichen Wucherverbots (§ 302 a StGB) zur zivilrechtlichen Wucherregelung (§ 138 Abs.2 BGB) 127
3. Schlußfolgerung 130

IV. Die gegen § 115 Abs.2 S.1 Gewerbeordnung verstoßende Warenkreditierung an Arbeiter; die durch § 115 a Gewerbeordnung untersagte Lohnauszahlung in Gaststätten 131

1. Die äußere, auf ein Rechtsgeschäftsverbot hindeutende Struktur der §§ 115 Abs.2 S.1, 115 a GewO 132
2. Die innere Struktur der §§ 115 Abs.2 S.1, 115 a GewO 133
3. Schlußfolgerung 137

V. Das - vormals - verbotene Rechtsgeschäft des Bettelns 138

VI. Das gegen die §§ 456ff. BGB verstoßende Kaufgeschäft 141

VII. Die gegen § 270 des preußischen StGB verstoßenden "Winkelverträge" (pacta de non licitando) 144

1. Die spezifisch strafrechtlichen Eigenarten des § 270 des preußischen StGB ... 147
2. Die Bedeutung des § 270, eines "Konkurrenzverbotes", für die privatrechtliche Qualifizierbarkeit der Willenserklärung des Täters 148
3. Schlußfolgerung 151

VIII. Die gegen § 627 Abs.2 S.1 BGB verstoßende Kündigung zur "Unzeit" 152

IX. Die gegen Preisgesetze verstoßende Vornahme von Rechtsgeschäften, eine Analyse am Beispiel der Höchstpreisvorschriften des 1.Weltkrieges 154

1. Die Funktion der Höchstpreisvorschriften 155
2. Der preisrechtswidrige Vertragsschluß: Gesetzesverstoß oder Indiz für einen Gesetzesverstoß? 157
3. Schlußfolgerung 162

X. Die unter Verletzung von Steuervorschriften erfolgende Vornahme eines Rechtsgeschäftes 165

1. Das einer Steuerhinterziehung dienende Rechtsgeschäft, das mit einer Steuerhinterziehung verbundene Rechtsgeschäft 165
2. Die Vornahme eines mit einer Steuerhinterziehung verbundenen Rechtsgeschäftes: Gesetzesverstoß oder wertneutrales Element eines Gesetzesverstoßes? 167

XI. Der unter Verstoß gegen § 171 StGB (Bigamieverbot) vorgenommene Eheschluß ... 170

1. Die Funktion des strafrechtlichen Bigamieverbotes 171
2. Die Bedeutung des strafrechtlichen Bigamieverbotes für die privatrechtliche Qualifizierbarkeit der auf den Eheschluß gerichteten Willenserklärungen . 177

XII. Der Begriff des "gegen ein Gesetz verstossenden Rechtsgeschäftes", Sammelbezeichnung ohne materiellen Gehalt. Eine abschließende Betrachtung 179

2.Abschnitt

Die Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit gesetzwidrigem Inhalt

§ 7 Vorbemerkung 182

§ 8 Die Kausalgeschäfte gesetzwidrigen Inhaltes ... 186

I. Die Aufgabenstellung 186

II. Das auf eine einseitig gesetzwidrige Handlung gerichtete Rechtsgeschäft, das scheinbar auf eine einseitig gesetzwidrige Handlung gerichtete Rechtsgeschäft 190

III. Die Unterscheidbarkeit nach erlaubtem Leistungserfolg und verbotener Leistungshandlung, ein Kriterium für die Beurteilung des Rechtsgeschäftsinhaltes? 196

1. Die Bedeutung der Begriffe "Leistungserfolg" und "Leistungshandlung" in Bezug auf den Inhalt des Verbotsgesetzes 197

a) Eine Analyse am Beispiel des § 367 Abs.1 Nr.15 StGB a.F. (Verbot des Bauens ohne Genehmigung) 197
b) Eine Analyse am Beispiel der §§ 45 Abs.1 Nr.6 und 8, 28 Abs.1, 35 Abs.1 des Arzneimittelgesetzes (Verbot der Abgabe verschreibungspflichtiger Medikamente ohne ärztliches Rezept außerhalb einer Apotheke) 200

2. Die Bedeutung der Begriffe "Leistungserfolg" und "Leistungshandlung" in Bezug auf den Inhalt des Kausalgeschäftes 203

a) Das verbotswidrige Kaufgeschäft nach Ladenschluß 206
b) Die Bewirtung nach Eintritt der Polizeistunde 208
c) Der gefährliche Gütertransport 211

3. Zusammenfassung 212

IV. Der "Ordnungsnormcharakter" einer Verbotsvorschrift, Kriterium für die Beurteilung des Rechtsgeschäftsinhaltes? 213

1. Eine Analyse am Beispiel der §§ 45, Abs.1 Nr.6 und 8, 28 Abs.1, 35 Abs.1 des Arzneimittelgesetzes 214
2. Eine Analyse am Beispiel des § 12 Abs.1 Nr.1 des Paßgesetzes 222
3. Zusammenfassung 225

§ 9 Die Verfügungsgeschäfte gesetzwidrigen Inhaltes 226

I. Das im Widerspruch zu Bewirtschaftungsvorschriften vorgenommene Veräußerungsgeschäft 226

II. Die unter Verstoß gegen Art.1 § 1 des Rechtsberatungsgesetzes vorgenommene Zession 232

III. Zusammenfassung 234

§ 10 Das gegen ein gesetzliches Verbot verstoßende Rechtsgeschäft, Tatbestandsmerkmal des § 134 BGB? Eine abschließende Betrachtung 235

3.Teil

Die Folgen des Verbotsverstoßes

§ 11 § 134 BGB, eine Norm zur Regelung der Verbotsfolgenfrage? 241

I. Eine Auslegung nach dem Wortsinn und dem Bedeutungszusammenhang des § 134 241

II. Eine Auslegung unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des § 134 243

1. Die Normvorstellungen Redaktor Gebhards 245
2. Die Normvorstellungen der am weiteren Gesetzgebungsverfahren Beteiligten, insbesondere die der Reichstagskommission 247

III. Zusammenfassung 250

§ 12 Die Auslegung als Instrument der Verbotsfolgenermittlung, ihre Möglichkeiten und Grenzen 251

I. Eine notwendige Vorklärung 251

II. Die Verbotsfolgenermittlung anhand anerkannter Auslegungsgrundsätze 253

1. Die Diktion der Verbotsvorschriften als Auslegungskriterium 253

a) Die Verwendung der Formulierung "kann nicht", ein Indiz für die Nichtigkeit gesetzwidriger Rechtsgeschäfte? 255
b) Die Verwendung der Formulierung "soll nicht", ein Indiz für die Wirksamkeit der gesetzwidrigen Rechtsgeschäfte? 257

2. Der Adressatenkreis einer Verbotsnorm als Auslegungskriterium 262

a) Eine Analyse anhand der Urteile RGZ 100, 39 (v. 18.6.1920); 102, 292 (v. 24.6.1921) und 104, 105 (v.23.2. 1922) 264
b) Eine Analyse anhand des Urteils BGHZ 46, 24 (v. 1.6.1966) 268

3. Sinn und Zweck einer Verbotsvorschrift als Auslegungskriterium 271

a) Eine Analyse anhand des Urteils BGHZ 37, 258 (v. 25.6.1962) 275
b) Eine Analyse anhand des Urteils BGHZ 45, 322 (v. 10.4.1966) 278
c) Eine Analyse anhand des Urteils BGHZ 71, 358 (v. 22.5.1978) 280

III. Zusammenfassung 282

§ 13 Die Rechtsfortbildung in Form der Einzel- bzw. Gesamtanalogie als Instrument der Verbotsfolgenermittlung 284

I. Die Art der Aufgabe und ihre Besonderheiten 284

1. Die Art der Aufgabe 284
2. Die Eigenarten der Rechtsfortbildung als Instrument der Verbotsfolgenermittlung aufgrund der besonderen Struktur gesetzlicher Verbotsfolgenanordnungen 289

II. Die Rechtsfortbildung in Form der Einzelanalogie als Instrument der Verbotsfolgenermittlung, eine Analyse am Beispiel der gegen § 56 Abs.1 Nr.6 GewO verstoßenden Darlehensgeschäfte 292

III. Die Rechtsfortbildung in Form der Gesamtanalogie als Instrument der Verbotsfolgenermittlung, eine Analyse am Beispiel der gegen § 8 des Bundesurlaubsgesetzes verstoßenden Arbeitsverträge 296

IV. Zusammenfassung 305

Ergebnisse und Schlußbetrachtung 308

LITERATURVERZEICHNIS

Die verwendeten Abkürzungen finden sich in: Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2.Aufl.1968. Bei verkürzt wiedergegebenen Titeln kann der volle Titel ohne weiteres dem Literaturverzeichnis entnommen werden.

Alsberg, Max: Anmerkung zum Urteil des Reichsgerichtes v. 26.4.1926, JW 1926, S.2187-2188.

Amelung, Knut: Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der "Sozialschädlichkeit" des Verbrechens, 1972.

Arndts v. Arnesberg, Ludwig Ritter v.: Lehrbuch der Pandekten, 7.Aufl. 1872.

Bähr, O (tto): Rezension von Friedrich Endemann, "Über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht", 1887, Kritische Vierteljahresschrift, Bd.31, 1889, S.314-317.

Bartsch, Hans-Jürgen: Privatrechtlicher Schutz des Verbrauchers bei Haustürgeschäften. Vergleichende Betrachtung neuer Schutzbestimmungen, ZRP 1973, S.219-224.

Baumann, Jürgen: Der strafrechtliche Schutz bei den Sicherungsrechten des modernen Wirtschaftsverkehrs. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Abhängigkeit des Strafrechts vom Zivilrecht, 1956 (= Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft, 4).

Baumbach, Adolf / Konrad Duden: Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht, 22.Aufl. 1977 (= Beck'sche Kurzkommentare, 9).

--- / Wolfgang Hefermehl: Wechselgesetz und Scheckgesetz mit Nebengesetzen, 12.Aufl. 1978 (= Beck'sche Kurzkommentare, 26).

Baur, Fritz: Besprechung von Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil, 15.Bearb. 1959-1960, JZ 1961, S.334-335.

--- Lehrbuch des Sachenrechts, 10.Aufl. 1978.

Berg, Hans: Der finanzierte Ehemäklervertrag - LG Berlin, NJW 1971, 2175, und LG Konstanz, NJW 1972, 1992, JuS 1973, S.548-553.

Bericht der Reichstags-Kommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes nebst einer Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse. Berichterstatter: Abgeordnete Enneccerus u.a., Verlagsbuchhandlung Guttentag, 1896. - Dasselbe: Carl Heymanns Verlag, 1896.

Binder, Julius: Rechtsbegriff und Rechtsidee. Bemerkungen zur Rechtsphilosophie Rudolf Stammlers, 1915.

Binding, Karl: Die Ungerechtigkeit des Eigentums-Erwerbs vom Nicht-Eigentümer in ihrer Ausgestaltung durch BGB § 932 und § 935 und ihre Reduktion auf das kleinstmögliche Maß, 1908.

--- Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, in 4 Bänden (Band 2 in 2 Hälften); Band 1: Normen und Strafgesetze, 3.Aufl. 1916.

Boldt, Gerhard / Eberhard Schlephorst: Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz), 1963.

Boruttau, Ernst Paul / Hans Egly / Heinrich Sigloch: Grunderwerbssteuergesetz mit Durchführungsverordnung und landesrechtlichen Einzelvorschriften, 10.Aufl. 1977 (= Beck'sche Steuerkommentare).

Brandt, Hans: Eigentumserwerb und Austauschgeschäft. Der abstrakte dingliche Vertrag und das System des deutschen Umsatzrechts im Lichte der Rechtswirklichkeit, 1940 (= Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, 120).

Brandt, Heinz: Die zivilrechtlichen Wirkungen von Schwarzmarktgeschäften, MDR 1948, S.165-173 (1.Teil) und S.201-205 (2.Teil).

Bruniecki, Alexander: Die Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen Betteln und dem "strafbaren Betteln des § 361, Ziff.4 StGB", Deutsche Rechtspflege 1936, S.465-469.

Bülow, Oskar: Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, AcP 64, 1881, S.1-109.

"Das Bürgerliche Gesetzbuch" mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern; I. Band, 1. Teil: Allgemeiner Teil (§§ 1-240), 11.Aufl. 1959.

Burckhardt, Walther: Die Organisation der Rechtsgemeinschaft. Untersuchungen über die Eigenart des Privatrechts, des Staatsrechts und des Völkerrechts, 2.Aufl. Zürich 1944.

Busch: Die zivilrechtliche Wirksamkeit von Verträgen, die unter Überschreitung des Höchstpreises geschlossen sind, Deutsche Juristen-Zeitung 1916, Sp. 127-128.

Bydlinski, Franz: Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien, New-York 1967.

Canaris, Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 1964 (= Schriften zur Rechtstheorie, 3).

Cramer, Peter: Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, 1962.

--- Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, 1968.

Dersch, Hermann / Dirk Neumann: Bundesurlaubsgesetz nebst allen anderen Urlaubsbestimmungen des Bundes und der Länder, 5.Aufl. 1977.

Deutsch, Erwin: Haftungsrecht, 1.Band: Allgemeine Lehren, 1976.

Diekhoff, Ludwig: Hat der Arbeitnehmer für verbotswidrige Urlaubsarbeit einen Lohnanspruch? DB 1966, S.1235.

Dreher, Eduard: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen, 34.Aufl. 1974.

Ebel, Herbert / Herbert Weller: Allgemeines Berggesetz (ABG) vom 24.Juni 1865 (GS. S.705) in der gegenwärtig geltenden Fassung nebst bergrechtlichen Nebengesetzen und sonstigen für den Bergbau wichtigen Bestimmungen mit Erläuterungen, 2.Aufl. 1963.

Ehrenberg, Victor: Handbuch des gesamten Handelsrechts mit Einschluß des Wechsel-, Scheck-, See- und Binnenschifffahrtsrechts, des Versicherungsrechts sowie des Post- und Telegraphenrechts, 2.Aufl. 1918.

Ehrenzweig, Arnim: Über den Rechtsgrund der Vertragsverbindlichkeiten, 1889.

Ehrlich, Eugen: Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1889 (= Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches, zweiter Band, 4.Heft).

Endemann, Friedrich: Über die Civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Rechte, 1887.

--- Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1.Band, 8.Aufl. 1903.

Engisch, Karl: Die Einheit der Rechtsordnung, 1935 (= Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, 20).

--- Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug, in: Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70.Geburtstag, 1963, S.247-270.

--- Einführung in das juristische Denken, 6.Aufl. 1975.

Enneccerus, Ludwig: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, 1888.

--- / Hans Carl Nipperdey: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch, 2 Halbbände, 15.Bearb. 1959 und 1960.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, ... Buch. Vorlage des Redaktors Dr. Gebhard, Bände 1 und 3, 1880/1881. (Benutzt wurde eine photokopiert vorliegende Fassung aus dem rechtswissenschaftlichen Seminar der Ruhr-Universität Bochum, Sign. 27 V 3).

Erman, Walter: Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6.Aufl. 1975.

Etmer, Friedrich / Jürgen Bolck: Arzneimittelgesetz, Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln, Sammlung des gesamten Arzneimittelrechts des Bundes und der Länder, Band 1 (zitiert nach dem Stand vom 1.Mai 1970).

Fabricius, Fritz: Zur Dogmatik des "sonstigen Rechts" gem. § 823 Abs.1 BGB. Unter Berücksichtigung des sog. "Rechts am Arbeitsplatz" und des sog. "Rechts auf den ungestörten Bestand der ehelichen Lebensgemeinschaft", AcP 160, 1961, S.273-336.

Fischer, Hans Albrecht: Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911.

Fischer, Hans Christoph: Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung nach dem BGB für das Deutsche Reich, 1905.

Flume, Werner: Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Band I, 1960, S.135-238.

--- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2.Band: Das Rechtsgeschäft, 3.Aufl. 1979.

Fuhr, Eberhard: Kommentar zur Gewerbeordnung. Arbeitsrechtliche Vorschriften, bearbeitet v. Eugen Stahlhacke, Band 3 (zitiert nach dem Stand von Mai 1973).

Gierke, Otto: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, 1889 (Sonderdruck aus Schmoller's Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Reiche).

Goltdammer: Die Materialien zum Straf=Gesetzbuche für die Preußischen Staaten, aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches zusammengestellt und in einem Kommentar erläutert durch Goltdammer, Königlichen Kammergerichts=Rath, Theil II, Den besonderen Theil enthaltend, 1852.

Gradenwitz, Otto: Wort-Verzeichniß zum Bürgerlichen Gesetzbuche, 1902.

Grolmann, Karl: Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, 2.Aufl. Gießen und Darmstadt 1805.

Güthe, Georg / Franz Schlegelberger: Kriegsbuch. Die Kriegsgesetze mit der amtlichen Begründung und der gesamten Rechtsprechung und Rechtslehre, Band 1, 1915.

Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben im Auftrag des Deutschen Anwalt-Vereins, 1890.

Hachenburg, (Max): Rechtsfragen aus dem Gebiet der Höchstpreise, Leipziger Zeitung 1915, S.14-18.

Handelsgesetzbuch: Großkommentar, begründet von Hermann Staub, weitergeführt von Mitgliedern des Reichsgerichts, Band 1 (§§ 1-104), 3.Aufl. 1967.

Hardwig, Werner: Beiträge zur Lehre vom Betruge, GA 1956, S.6-21.

Heck, Philipp: Grundriß des Sachenrechts, 1930 (Neudruck 1960).

Heymann, Ernst: Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft als Grundlage des neuen deutschen Industrierechts, 1921 (= Arbeiten zum Handels=, Gewerbe= und Landwirtschaftsrecht, 34).

Höbold, Lutz: Die Umgehung des § 656 BGB beim Abschluß von Ehemäklerverträgen und die Rechtswirksamkeit der mit Ehemäklerverträgen gekoppelten Darlehensverträge, NJW 1970, S.1869-1870.

Hölder, E.: Zum allgemeinen Theile des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, AcP 73, 1888, S.1-160.

Hoffmann, Edgar / Walter Stephan: Ehegesetz nebst Durchführungsverordnungen, 2.Aufl. 1968.

Hofmann, Franz: Die Entstehungsgründe der Obligationen, insbesondere der Vertrag, mit Rücksicht auf Siegel's "Das Versprechen als Verpflichtungsgrund", 1874.

Holschbach, Ulrich: Zur Wirksamkeit von Darlehensgeschäften "an der Haustür", NJW 1973, S.444-448.

Honsell, Heinrich: Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte - Eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Untersuchung zu § 817 BGB, 1974 (= Münchener Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, 29).

Horn, Eckhard: Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973.

Hübner, Heinz: Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht. Ein Beitrag zur Begründung und Begrenzung des sachenrechtlichen Vertrauensschutzes - dargestellt an der Regelung nach §§ 932ff. BGB, 1955 (= Erlanger Forschungen, Reihe H: Geisteswissenschaften, 4).

Hübschmann / Hepp / Spitaler: Kommentar zur Abgabenordnung und Finanzgerichtsordnung, 7.Aufl., Band IV (Loseblattausgabe, zitiert nach dem Stand von März 1977).

Hueck, Alfred / Hans Carl Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1.Band, 7.Aufl. 1963.

Isay, Hermann: Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899 (= Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozeß des Deutschen Reiches, zweiter Band, 2.Heft).

--- Die Geschäftsführung nach dem BGB für das Deutsche Reich, 1900.

--- / Rudolf Isay: Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten unter besonderer Berücksichtigung des Gewerkschaftsrechts, 2.Band 1920.

Isopescul-Grecul, Constantin: Das Wucherstrafrecht. Der Kredit- und Barwucher in vergleichender, dogmenhistorischer und kriminalpolitischer Darstellung, I.Band, 1906.

Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2.Aufl. 1919 (Neudruck 1964).

Karlowa, Otto: Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, 1877 (Neudruck 1968).

Kaser, Max: Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 2.Aufl. 1971. Zweiter Abschnitt: Die nachklassischen Entwicklungen, 2.Aufl. 1975.

--- Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht, Wien 1977 (= Österreichische Akademie der Wissenschaften, philosophisch-historische Klasse, Sitzungsberichte, 312).

Kelsen, Hans: Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2.Aufl. 1960.

Kipp, Theodor: Über den Begriff der Rechtsverletzung, in: Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke zum Doktor-Jubiläum 21.August 1910, Band 2: Privatrecht, Zivilprozeßrecht, 1910 (Neudruck 1969), S.1-39.

--- Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere über die Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, in: Festschrift der Berliner juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum, 1911, S.211-233.

Kohler, Josef: Studien über Mentalreservation und Simulation, Jherings Jahrbücher 16, 1878, S.91-158.

--- Noch einmal über Mentalreservation und Simulation, Jherings Jahrbücher 16, 1878, S.319-356.

--- Einführung in die Rechtswissenschaft, 2.Aufl. 1905.

Kramer, Rainer: Der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot und die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften (§ 134 BGB), Diss. iur. Mainz, 1976.

Krebs, Heinrich: AVAVG, Gesetz über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, Kommentar (Loseblattausgabe, zitiert nach dem Stand von September 1966) (= Beck'sche Kommentare zum Arbeitsrecht, XVIII).

Laband, P(aul): Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch, ZHR 10, 1866, S.183-241.

Landmann, Robert / Gustav Rohmer u.a.: Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Band I: Gewerbeordnung, 13.Aufl. (Loseblattausgabe, zitiert nach dem Stand von Juli 1977).

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2.Aufl. 1969, 4.Aufl. 1979.

--- Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 4.Aufl. 1977.

--- Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band: Allgemeiner Teil, 12.Aufl. 1979.

Lehmann, Heinrich: Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, 1906 (= Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, fünfzehnter Band, 1.Heft).

--- / Heinz Hübner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 16.Aufl. 1966.

Lehmann, Karl: Lehrbuch des Handelsrechts, 2.Aufl. 1912.

Lenckner, Theodor: Vermögensschaden und Vermögensgefährdung beim sog. Eingehungsbetrug, JZ 1971, S.320-324.

Leonhard, Franz: Das Schuldrecht des BGB. Zweiter Band: Besonderes Schuldrecht des BGB, 1931.

Liebs, Rüdiger: Die unbeschränkbare Verfügungsbefugnis, AcP 175, 1975, S.1-43.

Löwe, Walter: Neuerungen im Abzahlungsrecht. Zweites Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes, NJW 1974, S.2257-2264.

Maiwald, Manfred: Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970 (= Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, 26).

Manigk, Alfred: Über Rechtswirkungen und juristische Tatsachen. Ein Beitrag zur Lehre von der Willenserklärung, Jherings Jahrbücher 49, 1905, S.459-486.

Maurach, Reinhard / Friedrich Christian Schroeder: Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 6.Aufl. 1977

--- / Heinz Zipf: Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, 5.Aufl. 1977.

Mayer, Hellmuth: Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen, 1926.

Meister, Eckard: Fahrnisverfolgung und Unterschlagung im deutschen Recht, in: Festschrift für Adolf Wach, Band III, 1913 (Neudruck 1970), S.407-484.

Mennicken, Axel: Das Ziel der Gesetzesauslegung. Eine Untersuchung zur subjektiven und objektiven Auslegungstheorie, 1970 (= Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts, 4).

Merkel, Adolf: Kriminalistische Abhandlungen. I. Zur Lehre von den Grundeintheilungen des Unrechts und seiner Rechtsfolgen, II. Die Lehre vom strafbaren Betruge, 1867 (Nachdruck in einem Bande 1971).

Meyer, Herbert: Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht, 1909 (= Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, achtzehnter Band, 2.Heft).

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe 1888. Band I: Allgemeiner Theil; Band II: Recht der Schuldverhältnisse; Band III: Sachenrecht.

Müller-Freienfels, Wolfram: Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil (§§ 1-240), 1978.

Mugdan, B(enno): Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899. Band I: Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil; Band II: Recht der Schuldverhältnisse; Band III: Sachenrecht.

Neubecker: Erwerb vom Nichteigentümer. Besprechung eines "kriminalistischen" Angriffs, GA 55, 1908, S.145-155.

Oertmann, Paul: Rechtsordnung und Verkehrssitte insbesondere nach Bürgerlichem Recht. Zugleich ein Beitrag zu den Lehren von der Auslegung der Rechtsgeschäfte und von der Revision, 1914.

Oppenhoff, F.C.: Das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten, nebst den Verordnungen über die Einführung desselben, 5.Aufl. 1867.

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 39.Aufl. 1980 (= Beck'sche Kurz-Kommentare, 7).

Pawlowski, Hans-Martin: Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen (Amts- und Parteinichtigkeit von Rechtsgeschäften) - Zum Verhältnis von Privatautonomie und objektivem Recht -, 1966 (= Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, 57).

--- Zum Umfang der Nichtigkeit bei Verstößen gegen "öffentlich-rechtliche" Verbotsgesetze (§§ 35, 210 AVAVG), JZ 1966, S.696-700.

--- Anmerkung zum Urteil des BGH v. 12.1.1970 (JZ 1970, S.504ff.), JZ 1970, S.506-509.

--- Allgemeiner Teil des BGB, Grundlehren des bürgerlichen Rechts, Band 2: Rechtsgeschäft und Rechtsverwirklichung, 1972.

Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Band IV, 1.Hälfte (Erster Abschnitt: §§ 1297 -1588), 4.Aufl. 1928.

Protokolle der Ersten Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Metallographiert (benutzt wurde ein Exemplar, das Herr Professor Dr. Werner Schubert, Kiel, dem Verf. freundlicherweise zur Einsichtnahme überließ).

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichs-Justizamts bearbeitet von Achilles, Gebhard, Spahn. Band I: Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse Abschn.I, Abschn.II Tit.I, 1897; Band IV: Familienrecht, 1897.

Puchta, G.F.: Pandekten (Nach dem Tode des Verfassers besorgt von Dr. A.F. Rudorff), 9.Aufl. 1863.

Raape, Leo: Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1908.

Radbruch, Gustav: Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik, 1904.

Regelsberger, Ferdinand: Pandekten, Band 1, 1893.

--- Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, Jherings Jahrbücher 47, 1904, S.339-378.

Rödig, Jürgen: Erfüllung des Tatbestandes des § 823 Abs.1 durch Schutzgesetzverstoß. Zugleich ein Beitrag zum Deliktsschutz verkörperter relativer Rechte, 1973.

Roxin, Claus: Sinn und Grenzen staatlicher Strafen, JuS 1966, S.377-387.

Rühle, Klaus: Das Wucherverbot - effektiver Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen? 1978 (= Schriften zum Bürgerlichen Recht, 48).

Rümelin, Max: Das Verschulden in Straf- und Zivilrecht. Rede gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 6.November 1909, 1909.

Samson, Erich / Eckhard Horn: Steuerunehrlichkeit und Steuerhinterziehung durch Unterlassen, NJW 1970, S.593-597.

Savigny, Friedrich Carl v.: System des heutigen Römischen Rechts, Vierter Band, 1841.

Sax, Walter: Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Bettermann, Karl August/Hans Carl Nipperdey/Ulrich Scheuner: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, 3.Band, 2.Halbband: Rechtspflege und Grundrechtsschutz, 2.Aufl. 1972.

Schall, Richard: Der Parteiwille im Rechtsgeschäft, 1877.

Schlegelberger, (Franz): Handelsgesetzbuch, 2.Band (§§ 48-104), 5.Aufl. 1973.

Schlossmann, Siegmund: Zur Lehre vom Zwange. Eine civilistische Abhandlung, 1874.

Schmiedel, Burkhard: Deliktsobligationen nach deutschem Kartellrecht. Erster Teil: Zivilrechtsdogmatische Grundlegung: Untersuchungen zu § 823 Abs.2 BGB, 1974.

--- Die sogenannte Organhaftung und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Versuch einer Analogiebildung zu Richterrecht, in: Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht, Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig, 1978, S.261-273.

Schönke, Adolf / Horst Schröder: Strafgesetzbuch. Kommentar, 17.Aufl. 1974, 20.Aufl. 1980.

Schricker, Gerhard: Gesetzesverletzung und Sittenverstoß. Rechtsvergleichende Untersuchung zur wettbewerbsrechtlichen Haftung bei Verletzung außerwettbewerbsrechtlicher Normen, 1970 (= Münchener Universitätsschriften, Reihe der Juristischen Fakultät, 14).

Schröder, Horst: Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW 81, 1969, S.7-28.

Schubert, Werner: Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB, 1966 (= Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft, herausgegeben von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster, 10).

--- Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB - Einführung, Biographien, Materialien -, 1978 (= Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen).

Schünemann, Bernd: Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, S.787-798.

Schulin, Bertram: Der natürliche - vorrechtliche - Kausalitätsbegriff im zivilen Schadensersatzrecht, 1976 (= Münchener Universitätsschriften. Juristische Fakultät. Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 22).

Siara, Berthold: Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz), 1963 (Der Wirtschafts-Kommentator, Teil B: Arbeits- und Sozialrecht, B I/6).

Soergel, H(ans) Th(eodor) / W(olfgang) Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 3: Schuldrecht II (§§ 611-853), 10.Aufl. 1969.

Soergel, H(ans) Th(eodor): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1: Allgemeiner Teil (§§ 1-240), 11.Aufl. 1978.

Sommer, Franz: Kritischer Realismus und Positive Rechtswissenschaft. Beiträge zum Problem der Rechtswissenschaft als Realwissenschaft, 1. (einziger) Band: Das Reale und der Gegenstand der Rechtswissenschaft, 1929 (Neudruck 1970).

Stahlhacke, Eugen: Bundesurlaubsgesetz mit Nebenbestimmungen, 3.Aufl. 1971.

Stammler, Rudolf: Theorie der Rechtswissenschaft, 1911.

Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1.Band (§§ 1-177), 14.Aufl. 1932.

Staudinger, J.v.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band I: Allgemeiner Teil (§§ 1-240), 11.Aufl. 1957; Band II: Recht der Schuldverhältnisse, 5.Teil (§§ 823-853), 10./11.Aufl. 1975.

Staudinger, J.v.: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Erstes Buch, Allgemeiner Teil (§§ 90-240), 12.Aufl. 1979; Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse (§§ 433-580 a), 12.Aufl. 1978.

Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar, Band 2: §§ 80-262, 9.Aufl. 1974; Band 3: §§ 263-370, 9.Aufl. 1977.

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band II: Besonderer Teil (§§ 80-358) (Loseblattausgabe zitiert nach dem Stand von Dezember 1978).

Thilenius, Georg: Die Nichtigkeit von Darlehensgeschäften im Reisegewerbe, MDR 1977, S.803-805.

Thon, August: Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, 1878 (Neudruck 1964).

Titze, Heinrich: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, 1900.

Traeger, Ludwig: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des BGB, 1904.

Tuhr, Andreas v.: Die unwiderrufliche Vollmacht, 1908 (Aus der Festschrift, Paul Laband gewidmet von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Kaiser-Wilhelms-Universität Straßburg).

--- Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, in zwei Bänden (Band zwei in zwei Halbbänden), unveränderter Nachdruck der 1910, 1914 und 1918 erschienenen ersten Auflage, 1957.

Ungerbieler, Günther: Zur Nichtigkeit von Darlehensverträgen wegen Verstoßes gegen § 56 I Nr.6 GewO, NJW 1980, S.568-569.

Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts (VDB). Vorarbeiten zur Deutschen Strafrechtsreform, Herausgegeben auf Anregung des Reichsjustizamtes, Besonderer Teil, IV.Band, 1906: Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit; Beleidigung; Personenstandsdelikte, bearbeitet von W.Mittermaier.

Völker, Hans: Bigamie durch Wiederverheiratung nach Todeserklärung des ersten Ehegatten, SJZ 1949, Sp.221-222.

Waechter, Carl Georg v.: Abhandlungen aus dem Strafrechte. 1.Band: Die Verbrechen der Entführung und der Notzucht, nebst einer Erörterung der s.g. Fleischesverbrechen i.e. Sinn. Nach dem gemeinen Deutschen und Sächsischen Rechte und mit Rücksicht auf die neuern Deutschen legislativen Arbeiten, Leipzig 1835.

Weitnauer, Hermann: Die unverzichtbare Handlungsfreiheit, in: Festschrift für Friedrich Weber zum 70.Geburtstag,

Wendt: Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht, AcP 92, 1902, S.1-287.

Westermann, Harry: Sachenrecht, 5.Aufl. 1966.

Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1, 4.Aufl. 1875; 7.Aufl. 1891.

Wolff, Karl: Verbotenes Verhalten: Ein Beitrag zu den allgemeinen Lehren des Privat= und Strafrechtes wie auch zur Rechtslogik, 1923.

Wolff, Martin / Ludwig Raiser: Sachenrecht. Ein Lehrbuch, 10.Aufl. 1957 (= Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3.Band).

Zippelius, Reinhold: Einführung in die juristische Methodenlehre, 2.Aufl. 1974.

Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs gefertigt im Reichs=Justizamt, Band I, 1890: Aeußerungen zum Allgemeinen Theil.

Zweigert, Konrad: Rechtsvergleichend-Kritisches zum gutgläubigen Mobiliarerwerb, RabelsZeitung 23, 1958, S.1-20.

E I N L E I T U N G

§ 134 BGB bestimmt in knappen Worten, daß ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstoße, nichtig sei, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergebe. - So einfach und klar die Vorschrift jedoch sprachlich gefaßt ist, so mannigfach sind die Probleme, die sie in sich birgt.

Denn § 134 bildet - wie nur wenige andere Normen im BGB[1] - ein Bindeglied zwischen dem Bürgerlichen Recht einerseits und der Gesamtheit aller (Verbots-) Gesetze andererseits, gleich welchen rechtlichen Charakter sie auch besitzen mögen[2]. Dabei erschwert die generalklauselartige Prägung dieser Vorschrift, durch den Zusatz "...wenn sich nicht ..." auf eigentümliche Weise eingeschränkt, sehr das Auffinden sicherer Anhaltspunkte dafür, wann und in welchem Umfange die Möglichkeit der privatautonomen Gestaltung von Rechtsbeziehungen wegen eines mit ihr verbundenen Verbotsverstoßes ausgeschlossen sein soll.

---

[1] Ein ähnlich umfassendes Anwendungsgebiet besitzt § 823 Abs.2 BGB: "Eine so eigenartige Vorschrift ..., die jedes andere Gesetz - sofern es nur den Schutz eines anderen bezweckt - in sich einzubeziehen scheint ..." (Schmiedel, Deliktsobligationen, 1974, S.10).

[2] "Die Vorschrift (gemeint ist § 105, der Vorläufer des § 134 im 1.Entwurf des BGB) hat namentlich die gegen Rechtsgeschäfte gerichteten Verbotsgesetze des öffentlichen Rechts, insbesondere des Strafrechts, im Auge." (Motive I S.210 = Mugdan I S.469).

Dieser Umstand und in die entsprechende Richtung deutende Hinweise in den Gesetzesmaterialien[3] zu § 134 mögen zu der in Rechtsprechung[4] wie Literatur[5] überwiegend vertretenen Ansicht geführt haben, die Norm selbst sei von geringem Aussagewert[6], in erster Linie entscheide vielmehr der Inhalt des jeweiligen Verbotsgesetzes über den Bestand des hiergegen verstoßenden Rechtsgeschäftes.

---

[3] So deuten schon die Motive an, daß die Frage der Verbotsnichtigkeit von Rechtsgeschäften im wesentlichen nach dem Inhalt des jeweiligen Verbotsgesetzes zu entscheiden sein solle (Motive I S.210 = Mugdan I S.468: "Die Ausnahmen (vom Grundsatz der Nichtigkeit; d.Verf.) sind durch den der Vorschrift beigefügten, der gegentheiligen Absicht des Gesetzes Rechnung tragenden Vorbehalt gedeckt. ... Es kommt indessen hier gleichfalls auf die Absicht des Gesetzes im Einzelfall an ...").

[4] Beispielhaft hierfür sind die Entscheidungen:
BGHZ 45, 322 (v.4.4.1966) S.326; 46, 24 (v.1.6.1966) S.26; 65, 368 (v.10.12.1975) S.370; LM § 134 Nr.56 (v.23.4.1968) Bl.1 R (alle Urteile enthalten jeweils weitere Nachweise).

[5] Vgl. beispielsweise:
Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil, 2.Hbb., 15.Aufl., 1960, § 190 II 1, S.1155; Erman/H. Westermann, BGB, 6.Aufl., 1975, § 134, Anm.5; Flume, Rechtsgeschäft, 3.Aufl., 1979, § 17 1, S.341; Larenz, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II, S.375; Lehmann/Hübner, Allgemeiner Teil, 16.Aufl., 1966, § 29 III 2, S.194; Palandt/Heinrichs, BGB, 39, Aufl. 1980, § 134, Anm.2a; Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 134, Anm.1.

[6] Flume, a.a.O., geht sogar so weit, der Vorschrift jeglichen eigenständigen Geltungsgehalt abzusprechen. In einem ähnlich skeptischen Sinne äußerte sich schon Bähr in seiner Rezension der Monographie Endemanns "Über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Rechte" (1887), Krit. Vierteljahresschrift, Bd.31, 1889, 314, S.317, der in § 105 des 1.Entwurfes - dem Vorläufer des § 134 BGB - nur eine "dürftige Grundlage" für die Behandlung gesetzwidriger Rechtsgeschäfte sah.

Dabei richtete man sein Augenmerk bislang[7] primär darauf, festzustellen, welche Arten von gesetzwidrigen Rechtsgeschäften nichtig seien und bei welchen Geschäften dieser Gattung eine solche Folge nicht eintrete. Diese Methode führte jedoch trotz mancher Teilerfolge zu keiner insgesamt befriedigenden Lösung. Denn es fanden sich - und finden sich auch heute noch - in Rechtsprechung wie Literatur sehr kontroverse Entscheidungen weitgehend gleichgelagerter Sachverhalte[8].

Ein Beispiel für diesen nicht unbedenklichen Zustand bietet die Behandlung der gegen § 56 Abs.1 Nr.6 Gewerbeordnung (GewO)[9] verstoßenden Darlehensgeschäfte "an der Haustür". Mehrere Jahre lang beurteilten Amts- und Landgerichte die Wirksamkeit derartiger Verträge auf sehr unterschiedliche Weise: Während manche der angerufenen Gerichte sie für gültig erachteten[10], folgerten die anderen aus dem Gesetzesverstoß

---

7 In der neuesten Kommentar-Literatur bahnt sich jedoch eine Tendenzwende an; siehe dazu unten S.61f.

8 Damit ist auch 80 Jahre nach Inkrafttreten des BGB noch ein Zustand anzutreffen, den Friedrich Endemann in seiner 1887 erschienenen Monographie "Über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze" für das gemeine Recht mit den Worten umschrieb: "Prüft man aber die Entscheidungen (zur Frage der Wirksamkeit gesetzwidriger Rechtsgeschäfte; d.Verf.) nach, so erscheinen sie wenig mehr als vom Zufall abhängig" (a.a.O. S.121).

9 § 56 Abs.1 Nr.6 GewO (v.21.1.1869 in der Fassung vom 1.1. 1978, BGBl. I, S.97) bestimmt:

> "Im Reisegewerbe sind verboten ...
> der Abschluß sowie die Vermittlung
> von ... Darlehensgeschäften; ...

10 So z.B. LG Konstanz, NJW 1972, 1992 (v.14.4.1972) S.1993; LG Kempten, JR 1972, 247 (v.24.11.1971) S.248 (weitere Nachweise siehe unten S.280 N.115).

auf die Nichtigkeit der betreffenden Vereinbarungen[11]. Ebenso uneinheitlich waren die in der Literatur hierzu verfochtenen Ansichten[12]. Zwar hat der BGH in seinem Urteil vom 22.Mai 1978[13] nunmehr wohl abschließend entschieden, daß "ein im Reisegewerbe abgeschlossener oder vermittelter Darlehensvertrag ... nichtig"[14] sei. Eine eingehendere Untersuchung dieses Judikats wird aber noch zeigen, daß auch der dort eingeschlagene Weg keineswegs unproblematisch ist[15].

Angesichts zahlreicher sehr einzelfallbezogener und einander nicht selten widersprechender Entscheidungen zum Problemkreis gesetzwidriger Rechtsgeschäfte ist das auf mehr Rechtssicherheit in diesem Bereich gerichtete Bestreben verständlich, zu allgemeinen Grundsätzen durchzudringen, um mit ihrer Hilfe gleichmäßige und von den Betroffenen präzise vorherbestimmbare Ergebnisse bei der Beurteilung gesetzwidriger

---

[11] LG Berlin, NJW 1971, 2175 (v.14.1.1971) S.2175; AG Spandau, JZ 1972, 403 (v.27./28.3.1972) S.403.

[12] Vgl. z.B. einerseits Berg, Der finanzierte Ehemäklervertrag, JuS 1973, 548 S.551, sowie Thilenius, Die Nichtigkeit von Darlehensgeschäften im Reisegewerbe, MDR 1977, 803 S.805, die von der Unwirksamkeit derartiger Verträge ausgehen, und andererseits Holschbach, Zur Wirksamkeit von Darlehensgeschäften "an der Haustür", NJW 1973, 444 S.447, der deren Gültigkeit bejaht (weitere Nachweise siehe in N.116 auf S.281).

[13] BGHZ 71, 358 S.360 (unter Nr.2ff.) (zu weiteren Entscheidungen des BGH, die sich mit derselben Rechtsfrage befassen, siehe unten S.280 N.112).

[14] So lautet der Leitsatz a) der in der amtlichen Sammlung abgedruckten Entscheidung.

[15] Siehe dazu unten S.280ff.

Rechtsgeschäfte zu erzielen. Denn es kann jeder Bürger im alltäglichen Verkehrsleben sehr leicht zum Partner eines Rechtsgeschäftes werden, bei oder durch dessen Vornahme es zur Verletzung gesetzlicher Verbote kommt. So knüpfen sich möglicherweise an den "schnellen Einkauf" nach Eintritt der Ladenschlußzeit oder den Verbleib in einer Gaststätte über die Polizeistunde hinaus[16] weittragende rechtliche Folgen, für deren Entstehen und Umfang die Frage nach der Wirksamkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes von großer Bedeutung ist.

Es wäre daher sicherlich hilfreich, ließen sich für die Behandlung verbotener Rechtsgeschäfte feste Regeln aufstellen, die dem Rechtsanwender eine brauchbare Entscheidungshilfe geben, wenn ihm das Gesetz selbst unmittelbar keine Hilfe mehr zu leisten vermag. Ein in diese Richtung weisender Versuch findet sich etwa in der These, die Nichtigkeit eines gesetzwidrigen Rechtsgeschäftes sei immer dann zu bejahen, wenn sich auf diese Weise der Zweck der betroffenen Verbotsvorschrift am ehesten verwirklichen lasse[17].

Die Untersuchung mag zeigen, ob sich derart starre Regeln entwickeln lassen und ob sie überhaupt notwendig sind, um die - tatsächlich oder vielleicht auch nur scheinbar - regellose Vielfalt unterschiedlichster Kriterien auf ein Grundmuster praktikabler Maximen zurückzuführen.

---

16 So hatte das Reichsgericht in seinem Urteil vom 9.12.1921 - RGZ 103, 263ff. - die Frage zu untersuchen, ob auch nach Eintritt der Polizeistunde noch ein wirksames Vertragsverhältnis zwischen dem Wirt und seinem Gast bestehe, aufgrund dessen der Inhaber des Wirtshauses für Schäden hafte, die der Kunde in den Geschäftsräumen erleide. Das Gericht hat dies (a.a.O. S.264/265) im Hinblick auf Sinn und Zweck der Polizeistundenvorschriften bejaht.

17 Diese Ansicht vertritt in besonders pointierter Form Kramer, Der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot und die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften (§ 134 BGB), Diss.iur. Mainz 1976, S.143 und passim.

1. Teil

Die gegenwärtige Problematik des § 134 BGB

§ 1 Ein erster Überblick

Am Beispiel des durch § 56 Abs.1 Nr.6 GewO untersagten Darlehensgeschäftes "an der Haustür" sollen vorab einmal in groben Umrissen die Schwierigkeiten aufgezeigt werden, die sich bei der Behandlung solcher Rechtsgeschäfte ergeben können.

So liegt es in einem Fall wie dem vorliegenden nahe, die Frage nach der Wirksamkeit einer derartigen Vereinbarung anhand spezieller Vorschriften zu beantworten, die sich mit Gesetzesverstößen sub specie ihrer zivilrechtlichen Folgen befassen. - § 56 Abs.1 Nr.6 GewO bietet dabei augenscheinlich keine Hilfe. Denn diese Norm spricht lediglich das Verbot aus, Darlehensgeschäfte im Reisegewerbe zu vermitteln oder abzuschließen, enthält aber keine - zumindest keine ohne weiteres erkennbare - Anordnung, wie sich der Verbotsverstoß auf ein gleichwohl vorgenommenes Geschäft auswirke.

Demgegenüber scheint § 134 BGB die bestehende Regelungslücke problemlos zu schließen, sieht er doch die Nichtigkeit gesetzwidriger Rechtsgeschäfte vor, "wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt". Danach knüpft sich also grundsätzlich die Folge der Nichtigkeit an einen Gesetzesverstoß im rechtsgeschäftlichen Bereich.

Beginnt man nun jedoch damit, den zur Entscheidung anstehenden Lebenssachverhalt - Abschluß eines Darlehensgeschäftes im Widerspruch zu § 56 GewO - unter den Tatbestand des § 134 BGB zu subsumieren, so tauchen bereits bei diesem Vorgang nicht unerhebliche Hindernisse auf.

§ 134 BGB nämlich spricht davon, daß ein Rechtsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen müsse, solle es nichtig sein. Nun können sich aber nur solche Wesen gegen gesetzliche Verbote erheben, die überhaupt als Adressaten eines Normbefehles in Betracht kommen, in erster Linie also natürliche Personen, ausnahmsweise vielleicht auch einmal juristische[1]. Ein Rechtsgeschäft, ein dogmatischer Begriff, besitzt sicherlich nicht die Fähigkeit, contra legem zu handeln. Obwohl der Gesetzgeber in § 134 die Formulierung von dem Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, gebraucht, dürfte außerhalb jeden Zweifels stehen, was bzw. wen diese "falsa demonstratio" bezeichnen soll. Gemeint sein können hiermit nur die Menschen, die ein Rechtsgeschäft vornehmen.

So eindeutig sich die erste Eingrenzung der möglichen Verletzungssubjekte vornehmen läßt, so schwierig gestaltet sich schon die weitergehende Frage, ob alle an einem Rechtsgeschäft Beteiligten oder aber nur einer unter ihnen mit dem Gesetz in Konflikt geraten muß, soll eine von ihnen getroffene Vereinbarung - in casu mithin das "an der Haustür" geschlossene Darlehensgeschäft - für verbotswidrig iSd § 134 BGB erklärt werden. Die Antwort hierauf wird an einer späteren Stelle der Untersuchung[2] zu geben sein.

Die Feststellung allein, daß § 134 auf die an einem Rechtsgeschäft beteiligten Personen als Akteure eines Gesetzesverstoßes abhebe, reicht aber noch keineswegs aus, um die tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm voll auszuloten. Da der Gesetzgeber den Begriff "Rechtsgeschäft" gewählt hat, um hiermit verbotswidrig handelnde Subjekte zu bezeichnen, spricht zumindest der erste Anschein dafür, daß es nicht um beliebige

---

[1] Vgl. etwa § 30 Abs.1 des Ordnungswidrigkeiten Gesetzes vom 24.5.1968 (BGBl. I S.481).

[2] Siehe unten S.190ff.

Gesetzesverstöße gehen kann, sondern vielmehr solche gemeint sein müssen, die in einem - wie auch immer gearteten - Zusammenhang zu der Vornahme von Rechtsgeschäften stehen. - Ein Rechtsgeschäft vorzunehmen bedeutet aber nichts anderes, als eine auf dessen Abschluß gerichtete Willenserklärung abzugeben. Wenn also in unserem Beispiel § 56 GewO Darlehensgeschäfte an der Haustür untersagt, dann wird der Tatbestand dieser Norm prima facie dadurch verwirklicht, daß derjenige, an den sie sich wendet, der Reisegewerbetreibende nämlich[3], dem Kunden eine Kreditvertragsofferte unterbreitet bzw. ein von ihm ausgehendes Angebot annimmt.

Nun ist es aber keineswegs ohne weiteres einsichtig, weshalb die bloße Abgabe einer Willenserklärung einen Vorgang darzustellen vermag, den das Gesetz verbieten und mit Strafen oder Bußen[4] bedrohen muß. Denn diese allein scheint doch eine Schädigung Dritter gar nicht herbeiführen zu können. Auch dieser Gesichtspunkt wird noch einer eingehenden Analyse unterzogen werden[5].

Erweist sich mithin der Tatbestand des § 134 BGB als recht kompliziert, so zeigt auch seine Rechtsfolgeanordnung - Nichtigkeit gesetzwidriger Rechtsgeschäfte - keineswegs unproblematische Züge. Denn sie soll ja nur dann eingreifen, "wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt". Zwar deutet diese Formulierung bei unbefangener Betrachtungsweise auf eine Konkurrenzregel hin, die die prinzipielle Rechtsfolge der

---

[3] Vgl. dazu, daß sich § 56 Abs.1 Nr.6 GewO nur einseitig an den Reisegewerbetreibenden richtet: BGHZ 71, 358 (v.22.5. 1978) S.360f.

[4] § 145 Abs.2 Nr.6 iVm Abs.4 GewO bedroht denjenigen, der das Verbot des § 56 Abs.1 Nr.6 GewO verletzt, mit Geldbußen von bis zu 5.000,--DM.

[5] Siehe unten S.49ff.

Nichtigkeit immer dann ausschließt, wenn besondere Vorschriften Ausnahmen hiervon vorsehen sollten: Also Subsidiarität der "lex generalis" des § 134 BGB gegenüber etwaigen "leges speciales".
Schon ein erster Blick in die Lehrbuch- und Kommentar-Literatur zu § 134[6] offenbart jedoch, daß der Zusatz "wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt" eine wesentlich komplexere Wechselbeziehung zwischen Verbotsnorm und zivilrechtlicher Folgenanordnung schafft, als es sein Wortlaut zunächst vermuten läßt[7].

Bei dem Versuch, herauszufinden, ob das gegen § 56 Abs.1 Nr.6 GewO verstoßende Darlehensgeschäft wirksam sei oder nicht, erwies sich § 134 BGB, der hierfür ohne weiteres eine Lösung anzubieten schien, als eine recht merkwürdige Vorschrift:
In ihr werden die wider ein gesetzliches Verbot handelnden Beteiligten eines Rechtsgeschäftes mit der falsa demonstratio "Rechtsgeschäft" umschrieben. Dabei soll der von ihnen verübte Gesetzesverstoß gerade in der Vornahme eines Rechtsgeschäftes im Abgeben von Willenserklärungen mithin, bestehen. Und schließlich wird die Anordnung der Nichtigkeit derartiger Rechtsgeschäfte in eine schwer faßbare Abhängigkeit zu der verletzten Verbotsvorschrift gebracht.

---

[6] Paradigmatisch hierfür ist die etwa bei Larenz, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II, S.375, zu findende Formulierung:

> "So einfach und klar diese Bestimmung gefaßt ist, so wenig besagt sie in der Tat, zieht man nur ihren Nachsatz hinreichend in Betracht. Im Grunde kommt es stets auf das einzelne Verbotsgesetz an, auf seinen Wortlaut und auf seinen durch Auslegung zu ermittelnden Sinn und Zweck."

In einem ähnlichen Sinne äußern sich beispielsweise auch: Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 134 Anm.1 und Staudinger/Dilcher, BGB, 12.Aufl., 1979, § 134 Anm.3.

[7] Siehe dazu unten S.250.

§ 2 Die Entstehungsgeschichte der Norm

Wichtig für das Verständnis des § 134 BGB ist die Entstehungsgeschichte der Norm. Denn die mit seiner Anwendung verbundenen Schwierigkeiten haben ihren Ursprung in den besonderen Verhältnissen, die die Verfasser des BGB antrafen, als sie daran gingen, die Frage der Behandlung gesetzwidriger Rechtsgeschäfte zu regeln[1].

Es soll daher zunächst einmal das Verfahren der Normwerdung in seinem äußeren Ablauf geschildert und der dogmengeschichtliche Hintergrund skizziert werden, vor dem es stattfand.

I. Die Norm im Vorentwurf des Allgemeinen Teils.

Als Ergebnis der legislatorischen Tätigkeit Redaktor Gebhards bestimmten die §§ 107, 108 seines Vorentwurfes des Allgemeinen Teils[2]:

---

[1] Sich in einer dogmatischen Arbeit mit der Entstehungsgeschichte einer Norm auseinanderzusetzen, bedeutet bereits ein "Bekenntnis" zur subjektiven (historischen) Auslegungsmethode. Denn nur dann kann sie - außerhalb einer rein historisch angelegten Untersuchung - von Interesse sein. Es würde den Rahmen der Arbeit sprengen, sich in ihr mit dem Für und Wider von subjektiver und objektiver Auslegungslehre eingehender zu befassen (vgl. zu diesem Problemkreis aus jüngster Zeit die sehr eingehende Monographie von Mennicken, Das Ziel der Gesetzesauslegung, 1970).

[2] Vgl. zur Entstehung des Vorentwurfs des Allgemeinen Teils: Schubert, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung. Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des BGB, 1966, S.23-25; sowie ders., Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, Einführung, Biographien, Materialien, 1978, S.218ff.

§ 107

"Eine Willenserklärung, durch welche eine Leistung versprochen wird, die unmöglich ist, oder mit den guten Sitten oder den Vorschriften des Gesetzes in Widerspruch steht, ist nichtig."

§ 108

"Ein Rechtsgeschäft, durch dessen Vornahme einer Rechtspflicht zuwider gehandelt wird, ist nichtig, sofern nicht dem die Rechtspflicht begründenden Gesetze eine andere Absicht zu entnehmen ist.

Die vorstehende Bestimmung findet keine Anwendung auf Verträge, deren Eingehung nur auf Seite des einen Vertragsschließenden eine pflichtwidrige Handlung bildet."

Die von Gebhard[3] gefertigte Begründung zum Vorentwurf des Allgemeinen Teils[4] beschreibt ausführlich, welche Behandlung das Zusammentreffen von Gesetzesverstoß und Rechtsgeschäft unter dem seinerzeitigen Rechtszustand erfuhr und welchen Einfluß die von ihm zu erarbeitende Vorschrift hierauf nehmen sollte.

---

[3] Vgl. zur Person Gebhards: Kurzbiographie in Schubert, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, 1978, S.73f.

[4] Entwurf des Allgemeinen Theils, Bd.3, 1881, S.137ff. Benutzt wurde das im photomechanischen Wege hergestellte Exemplar des iuristischen Seminars der Ruhr-Universität Bochum, Sign. 27 V 3.

An dieser Stelle soll vornehmlich auf den ersten der beiden Komplexe eingegangen werden. Der zweite wird im weiteren Verlauf der Untersuchung bei den jeweiligen dogmatischen Einzelfragen des § 134 BGB Berücksichtigung finden, da sich nur dort die für das Verständnis der Norm wesentlichen Nuancen in den Äußerungen Gebhards genügend deutlich herausstellen lassen[5].

Das Problem gesetzwidriger Rechtsgeschäfte war schon dem römischen Recht wohlbekannt, wie die von dort tradierte - auch heute noch übliche - Einteilung der Verbotsgesetze in "leges perfectae", "leges minus quam perfectae" und "leges imperfectae" sinnfällig zum Ausdruck bringt[6].

In der gemeinrechtlichen Literatur hatte sich dazu nun die weitverbreitete Ansicht herausgebildet, daß gegen ein Verbotsgesetz verstoßende Rechtsgeschäfte immer nichtig seien, es sei denn, das betreffende Gesetz ordne eine andere Rechtsfolge an[7]. Im Gegensatz dazu wollte eine andere Richtung der Pandektistik[8] die Frage nach der Gültigkeit des Rechtsge-

---

[5] Siehe unten S.24ff., 39ff. und 245ff.

[6] Vgl. hierzu die Darstellungen bei:
Endemann, Civilrechtliche Wirkung, 1887, S.9-23;
Kaser, Römisches Privatrecht, 1.Abschnitt, 2.Aufl., 1971, § 60 II 1, S.249f.; 2.Abschnitt, 2.Aufl., 1975, § 202 II, S.93, sowie die von ihm jüngst erschienene Monographie "Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht", Wien 1977.

[7] Vgl. dazu:
Arndts, Pandekten, 7.Aufl., 1872, § 79, S.109 (dort insbesondere N.3); Puchta, Pandekten, 9.Aufl., 1863, § 67, S.105 N. b; Savigny, System IV, 1841, S.551; weitere Nachweise bei Endemann, Civilrechtliche Wirkung, 1887, S.27/28 N.3.

[8] Diese wurde insbesondere von Friedrich Endemann vertreten.

schäftes aus "Wort und Sinn" der jeweiligen Verbotsnorm beantwortet wissen. Dieser Streit in der Rechtswissenschaft entzündete sich dabei an der bekannten Quellenstelle aus dem Codex Justinianus C. 1, 14, 5, in der der Kaiser - sich sehr eng an eine Konstitution Theodosius II aus dem Jahre 439 haltend[9] - anordnete, daß alle gegenwärtigen und zukünftigen Verbotsgesetze um die Sanktion der Nichtigkeit der betreffenden Rechtsgeschäfte zu ergänzen seien.

Das Reichsgericht schloß sich für das Geltungsgebiet des gemeinen Rechts der Anschauung an, die von der grundsätzlichen Nichtigkeit gesetzwidriger Rechtsgeschäfte ausging. Dies kommt in zwei Urteilen aus den Jahren 1886 und 1887[10] klar zum Ausdruck.

---

[9] Vgl. dazu Kaser, Über Verbotsgesetze, 1977, S.67 m.w.N. auf S.68 N.20; wie Endemann, a.a.O. S.29ff., eingehend darlegt, ist die Kaiser-Konstitution Theodosius II nur bruchstückhaft in den Codex Justinianus übernommen, diejenigen Teile, die die Vorschrift als "Maßnahmegesetz" auswiesen (mißbräuchliche Pacht von Landgütern durch die Curialen) fehlen in dem Fragment.

[10] RGZ 16, 88 (v.25.11.1886) S.106; 17, 299 (v.24.3.1887), S.300.

Insoweit ähnliche Regelungen fanden sich auch in den Partikularrechten[11]. So ordnete beispielsweise das Preußische Allgemeine Landrecht (I 4 § 6 und I 5 § 68) an:

I 4 § 6

"Zu Handlungen, welche die Gesetze verbieten, kann durch Willenserklärungen niemand verpflichtet oder berechtigt werden."

I 5 § 68

"Verträge über unerlaubte Handlungen gelten ebenso wenig, als über unmögliche."

---

[11] So erklärte das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch vom 2.Januar 1863 (Sächsisches GVBl. S.6-600) in seinen §§ 79, 90 und 793 Rechtsgeschäfte bezüglich "Gesetzen widerstreitender Handlungen" für nichtig. Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern von 1861 sah in Theil I, Art.80 Abs.2 sowie Theil II, Art.24 Abs.1 die Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften vor, "welche gegen ein gesetzliches Verbot abgeschlossen sind" bzw. Leistungen zum Gegenstand haben, "die gegen Rechtsgesetze verstoßen".

Das Badische Landrecht (v. 3.Februar 1809) bestimmte in den Art.1131/1135, daß auf "unerlaubter Ursache" beruhende "Übereinkünfte" keine Rechtswirkung hervorbrächten, wobei sich die Unerlaubtheit der Ursache aus einem Verstoß gegen die Gesetze, die Sittlichkeit oder die Staatsordnung ergeben sollte.
Vgl. im übrigen die Darstellung bei Gebhard, Vorentwurf zum Allgemeinen Theil des BGB, Bd.3, S.139.

Interessant an dem zur Zeit der Entstehung des BGB gegebenen Rechtszustandes ist, daß sich weder Gesetzgebung noch Rechtsprechung noch Rechtswissenschaft eingehender mit der Frage beschäftigen, wann denn überhaupt bei einem Zusammentreffen von Gesetzesverstoß und Rechtsgeschäft davon die Rede sein könne, das Rechtsgeschäft sei ein "verbotenes". Vielmehr wird der Blick primär auf die Folgen der selbst wohl für unproblematisch gehaltenen Rechtsverstöße gerichtet.

Demgegenüber widmete sich Gebhard - Einzelheiten dazu später[12] - dem rechtstheoretischen Aspekt, wie ein begrifflicher Zusammenhang zwischen der Vornahme von Rechtsgeschäfte und der Verletzung von Verboten hergestellt werden könne, sehr intensiv[13]. Er ließ sich dabei von dem noch sehr eingehend zu erörternden[14] Gedanken leiten, daß die Rechtsordnung ja eigentlich gar keiner Verbote bedürfe, um im Bereich rechtsgeschäftlichen Handelns unerwünschte Vorgänge zu unterbinden, da sie deren rechtliche Folgen durch die Anordnung der Nichtigkeit sicher abwehren könne[15]. - Es wird sich noch zeigen, ob diese Erwägungen überhaupt Eingang in § 134 BGB gefunden haben.

---

[12] Siehe unten S.40f.

[13] Siehe Entwurf des Allgemeinen Theils, Bd.3, 1881, S.141-148.

[14] Siehe unten S.42ff.

[15] A.a.O. (N.13), S.141.

II. Die Beratung des § 134 BGB in der 1. und 2. Kommission.

1. Die Arbeit der 1.Kommission:

Im Gegensatz zu Gebhard, der zu prinzipielleren Fragen vorstieß, behandelte die 1.Kommission nur formalere Einzelaspekte der zukünftigen Vorschrift, ohne sich um eine vom herkömmlichen, recht problematischen Schema abweichende Lösung zu bemühen. Jedenfalls enthält das Protokoll der betreffenden Sitzung[16] keine Hinweise, die auf eine grundsätzliche Diskussion deuten würden. Stattdessen widmeten sich die Mitglieder der 1.Kommission der sprachlichen Durchbildung des § 108 des Vorentwurfes und schlugen als Ergebnis ihrer Beratungen mit § 105 des 1.Entwurfes folgende Regelung vor:

> "Ein Rechtsgeschäft, dessen Vornahme durch Gesetz verboten ist, ist nichtig, sofern nicht aus dem Gesetz ein Anderes sich ergiebt."

Eine Übernahme des § 108 Abs.2 des Vorentwurfes, wonach ein einseitiger Pflichtverstoß[17] keine Nichtigkeit des be-

---

[16] Protokolle 1.Kommission, 1881, S.214-216 (benutzt wurde ein von Herrn Professor Schubert, Kiel, dem Verf. freundlicherweise zur Verfügung gestelltes Exemplar).

[17] In der Begründung des Vorentwurfes ist die Frage der rechtlichen Bewertung einseitiger Pflichtverstöße ausführlich erörtert (Bd.3, S.145f.). Die Motive hingegen (Bd.I S.210) geben diese umfassende Darstellung nur sehr fragmentarisch wieder. Dies erweckt bei demjenigen, der sich ein Bild von der Entstehung des 1.Entwurfes nur aus letztgenannter Quelle zu machen versucht, den - fälschlichen - Eindruck, als sei jene Auslegungsregel vom ein- bzw. zweiseitigen Verbot recht willkürlich und ohne zureichendes theoretisches Fundament entstanden. (In diese Richtung weist z.B. die Kritik Kramers, Der Verstoß, 1976, S.9) - Wie weit allerdings die dort von Gebhard entwickelten Argumente zu überzeugen vermögen, ist eine andere Frage.

treffenden Rechtsgeschäftes zur Folge haben sollte, lehnte die Kommission mit der Erwägung ab, der Zusatz "sofern sich nicht ..." in § 105 des 1.Entwurfes trage auch solchen Fällen Rechnung[18].

Insgesamt hat die 1.Kommission das Problem verbotswidriger Rechtsgeschäfte nur überschlägig behandelt. Der Inhalt des Sitzungsprotokolles ist sehr knapp und läßt von den in den "Motiven"[19] wiedergegebenen Erwägungen (die Verfasser der "Motive" müssen sich hier wohl auf die Begründung des Vorentwurfes gestützt haben[20]) nichts erkennen.

Vor allen Dingen hielten es die Mitglieder der 1.Kommission offensichtlich nur für ein formales Problem, zwischen Rechtsgeschäften illegalen Inhaltes und solchen, deren Vornahme unter verbotswidrigen Umständen erfolgt, zu differenzieren. Hinsichtlich dieses, für die Anwendung des § 134 BGB so wichtigen[21],Punktes überließen sie die Formulierung der Norm dem Redaktionsausschuß[22].

Ähnlich wenig problembewußt[23], wie die 1.Kommission den Vorentwurf in der Frage verbotswidriger Rechtsgeschäfte auf-

---

18 Motive I S.210 = Mugdan I S.468.

19 Zur Entstehung der Motive und ihrem historischen Wert: Schubert, Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, 1978, S.49f.

20 A.a.O.

21 Siehe dazu unten S.182ff.

22 Protokolle 1.Kommission, 1881, S.215.

23 "Problembewußt" hinsichtlich der auch heute noch nicht gemeisterten Schwierigkeit, verbotswidrige Rechtsgeschäfte von gesetzmäßigen zu unterscheiden.

genommen hatte, beurteilten auch die in den "gutachtlichen Äußerungen"[24] zusammengestellten "kritischen" Stimmen den § 105 des 1.Entwurfes. Sie beschäftigten sich lediglich mit Fragen von minderer Bedeutung. So wurde ein Mangel des § 105 darin erblickt, daß er "eine gesetzliche Vermutung für die Nichtigkeit verbotener Rechtsgeschäfte aufstelle, was doch besser der Auslegung des einzelnen Gesetzes überlassen bleiben solle"[25].

Auch auf Seiten der Rechtswissenschaft bestand also die Tendenz, von der starren gemeinrechtlichen Regelung fortstrebend zu einer möglichst flexiblen Vorschrift zu gelangen. Allerdings verband sich diese Kritik an den tatsächlichen oder auch nur vermeintlichen Intentionen des § 105 des 1.Entwurfes[26] nicht mit konstruktiven Vorschlägen, wie denn bei einer weiten und recht unbestimmten Fassung dieser Norm hinreichend präzise Kriterien für ihre Anwendung zu finden seien.

---

[24] Gutachtliche Äußerungen, Bd.I, 1890, S.178.

[25] Hölder, AcP 73, 1888, 1 S.101; im gleichen Sinne: v.Gierke, Der Entwurf, 1888/89, S.193.

[26] Ob § 134 BGB bzw. seine Vorgänger in den Entwürfen tatsächlich eine starre Nichtigkeitsregel enthalten sollten, wird noch zu prüfen sein. Dazu unten S.241ff.

2. Die Arbeit der 2.Kommission:

Die 2.Kommission nahm an § 105 des 1.Entwurfes nur eine klarstellende Korrektur vor[27]. Abweichend von der dort gewählten Formulierung "ein Rechtsgeschäft, dessen Vornahme ..." hob § 100 des 2.Entwurfes schlechthin auf den Gesetzesverstoß ab und bestimmte:

> "Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergiebt."

Mit dieser Änderung des Wortlauts wollte die 2.Kommission dem möglichen Mißverständnis vorbeugen, daß etwa nur die verbotswidrige Vornahme eines Rechtsgeschäftes zur Nichtigkeit führe, seine ungesetzliche inhaltliche Ausgestaltung hingegen unschädlich sei[28].

III. Das weitere Gesetzgebungsverfahren.

Im weiteren Gesetzgebungsverfahren erfolgten keine Änderungen des Normentwurfes mehr, die von nennenswerter Bedeu-

---

27 Protokolle 2.Kommission, Bd.I S.122/123 = Mugdan I S.725.

28 Hachenburg hatte bereits im "Gutachten aus dem Anwaltsstande", 1890, Bd.1 S.111, auf die Gefahr eines solchen Mißverständnisses hingewiesen.

tung gewesen wären[29]. - Ein Antrag in der Reichstagskommission, an die Verbotswidrigkeit von Rechtsgeschäften schlechthin die Sanktion der Nichtigkeit zu knüpfen, fand eine "mit großer Majorität"[30] ausgesprochene Ablehnung. In diesem Zusammenhang kam es zu der vieldeutigen, später noch eingehend zu untersuchenden[31] Äußerung, § 134 (bzw. der damals zu behandelnde § 130 der Reichstagsvorlage) sei "nur eine Interpretationsregel"[32].

Die Materialien zu § 134 BGB offenbaren einen merkwürdigen Widerspruch. Gebhard, der Schöpfer des Vorentwurfes, hatte in der Begründung seines Normvorschlages zahlreiche rechtstheoretische Fragen prinzipieller Natur angeschnitten, die für die Behandlung gesetzwidriger Rechtsgeschäfte von immer noch aktueller Bedeutung sind. Die am weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens Beteiligten gingen hierauf jedoch überhaupt nicht ein. Vielmehr verhielten sie sich so, als ließe sich die Materie ohne weiteres durch die von Gebhard konzipierte Norm regeln, wobei diese allenfalls noch gewisser Änderungen oder Ergänzungen in Detailfragen bedürfe.

---

29 Die Redaktions-Kommission überarbeitete § 100 des 2.Entwurfes (§ 130 seiner revidierten Fassung) lediglich in sprachlicher Hinsicht. Sie setzte an die Stelle des Wortes "sofern" die Konjunktion "wenn". Dieser Modifizierung im Ausdruck liegt keine erkennbare sachliche Bedeutung zu Grunde. (Siehe zum Ablauf der Revision des 2.Entwurfes, die vom 6.Mai bis zum 19.Juni 1895 dauerte: Schubert, Entstehung, 1966, S.48f.).

30 Bericht der Reichstagskommission (Ausgabe Guttentag), 1896, S.42 = Mugdan I S.969.

31 Siehe unten S.247ff.

32 A.a.O. (N.30).

2. Teil

Ein gegen ein gesetzliches Verbot verstoßendes Rechtsgeschäft

§ 3 Ein Überblick über das weitere Vorgehen

Im zweiten Teil der Untersuchung geht es darum, herauszuarbeiten, wann ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 134 BGB "gegen ein gesetzliches Verbot" verstößt.

Es gibt dabei zwei grundsätzlich verschiedene Gattungen von gesetzwidrigen Rechtsgeschäften:[1]
Zum einen gibt es solche Rechtsgeschäfte, die unter verbotswidrigen Umständen vorgenommen werden. Das bereits[2] mehrfach erwähnte, § 56 Abs.1 Nr.6 GewO verletzende, Darlehensgeschäft "an der Haustür" ist dieser Spezies zuzurechnen.
Zum anderen finden sich Rechtsgeschäfte, die ihrem Inhalt nach auf einen Gesetzesverstoß gerichtet sind, ohne daß ihre "Vornahme" - d.h. die Abgabe der entsprechenden Willenserklärungen[3] - im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen würde. Als Beispiel hierfür läßt sich ein Kaufvertrag denken, den der Inhaber

---

[1] Vgl. dazu schon:
Protokolle 2.Kommission, Bd.I S.123 = Mugdan I S.725:
"Es sei erforderlich, zum Ausdrucke zu bringen, daß auch solche Rechtsgeschäfte von der Folge der Nichtigkeit betroffen würden, bei welchen sich das Verbot dem Wortlaute nach nicht gegen die Vornahme, sondern gegen den Inhalt des Rechtsgeschäftes richte" (Hervorhebung nicht im Original).

[2] Siehe oben S.3 zu N.9 und S.6ff.

[3] Wenn im Folgenden von der "Vornahme" eines Rechtsgeschäftes die Rede ist, so sind damit immer solche Geschäfte gemeint, die unter gesetzwidrigen Umständen abgeschlossen werden.

eines Ladengeschäftes während der gesetzlichen Öffnungszeit[4] mit einem Kunden abschließt, dessen Erfüllung aber nach dem Willen der Parteien verbotenerweise nach dem Beginn der Sperrzeit erfolgen soll.

Schließlich sind auch noch Rechtsgeschäfte denkbar, bei denen sowohl die Umstände ihrer Vornahme als auch der Inhalt der gewechselten Leistungsversprechen mit gesetzlichen Verboten kollidieren. Dies trifft etwa auf den Bewirtungsvertrag zu, den der Gastwirt nach Eintritt der Polizeistunde mit dem "späten Zecher" eingeht. Die Beteiligten wechseln die entsprechenden Willenserklärungen an einem Orte, an dem zu diesem Zeitpunkt keine gewerbliche Tätigkeit der vorliegenden Art stattfinden darf[5]. Außerdem verspricht die eine Seite - der Wirt nämlich - eine gegen das Gesetz verstoßende Leistung, wenn er seinem Gast zusagt, zu der vorgerückten Stunde noch Speisen und Getränke zu servieren.

---

[4] Vgl. § 3 des Gesetzes über den Ladenschluß (v.28.11.1956 BGBl.I S.875):

> "Verkaufsstellen müssen, ..., zu den folgenden Zeiten für den geschäftlichen Verkehr mit den Kunden geschlossen sein:
> ..."

[5] Siehe dazu § 18 Abs.1 S.1 des Gaststättengesetzes (v. 5.5. 1970, BGBl.I S.465) in Verbindung mit den dazu in den einzelnen Bundesländern erlassenen Verordnungen. § 28 Abs.1 Nr.6 des Gaststättengesetzes iVm Abs.3 behandelt Verstöße gegen die Sperrstundenvorschriften als Ordnungswidrigkeit, die mit Geldbußen von bis zu 10.000,-- DM geahndet werden kann. Dabei liegt ein Verbotsverstoß bereits dann vor, wenn der Inhaber einer Gaststätte duldet, "daß ein Gast nach Beginn der Sperrzeit in den Betriebsräumen verweilt" (§ 28 Abs.1 Nr.6).

Zunächst (im 1.Abschnitt) wird das Zusammentreffen von Gesetzesverstoß und Rechtsgeschäft anläßlich der Vornahme des letzteren untersucht werden. Denn die größten Schwierigkeiten bei der Unterscheidung von gesetzwidrigen und gesetzmäßigen Rechtsgeschäften ergeben sich in diesem Bereich der tatbestandlichen Voraussetzungen[6] des § 134 BGB.

Sodann soll (im 2.Abschnitt) der Frage nachgegangen werden, wann ein Rechtsgeschäft wegen seines Inhaltes als verbotswidrig zu qualifizieren sei.

1.Abschnitt

Die Vornahme eines Rechtsgeschäftes unter gesetzwidrigen Umständen

§ 4 Der Begriff "Rechtsgeschäft"

Wie schon im "ersten Überblick"[1] angedeutet wurde, dient diese Bezeichnung in § 134 BGB prima facie dazu, um mit ihr diejenigen Personen zu umschreiben, die anläßlich einer spezifischen Tätigkeit - der Vornahme eines Rechtsgeschäftes nämlich - mit dem Gesetz in Konflikt geraten. Ob dieser erste Anschein tatsächlich zutrifft, wird im Folgenden festzustellen sein.

---

[6] Ob und inwieweit man es hierbei überhaupt mit einem Tatbestandsmerkmal i.e.S. zu tun hat, ist noch zu prüfen. Siehe dazu unten S.179ff.

---

[1] Siehe oben S.7.

I. Die besondere Bedeutung des Begriffes "Rechtsgeschäft" im Rahmen des § 134 BGB.

Offensichtlich hat man es im Falle des § 134 BGB mit einer Norm zu tun, deren Bedeutungsgehalt nicht über einen allgemeinen Wortsinn der dort gebrauchten Formulierungen erschließbar ist. Vielmehr bedarf es eines Zurückgehens auf die besonderen Vorstellungen, die die Gesetzesverfasser (der "historische Gesetzgeber"[2]) hiermit verbanden.

Allein hilfreich für die Lösung dieser Frage sind die Begründungen, die Gebhard den §§ 107, 108 des Vorentwurfes[3] mitgab. Denn nur dort ist im Einzelnen niedergelegt, wie sich ein Zusammentreffen von Rechtsgeschäft und Gesetzesverstoß denken läßt[4].

So führt Gebhard als Beispiel der verbotswidrigen Vornahme eines Rechtsgeschäftes neben anderem[5] den Fall an, daß zwei Parteien durch die Abgabe entsprechender Willenserklärungen eine Rechtsbeziehung begründen wollen, die das Gesetz als solche nicht mehr vorsieht[6]. Hier ist also nicht der Inhalt

---

2 Kritisch gegenüber der Verwendung des Begriffes "historischer Gesetzgeber": Schmiedel, Deliktsobligationen, 1974, S.150 N.24.

3 Der Wortlaut der Vorschriften findet sich auf Seite 11 zitiert.

4 Allgemeiner Theil, Bd.3, 1881, S.137ff.

5 Vgl. dazu die a.a.O. S.141ff., insbesondere S.144 genannten Fälle.

6 Es geht dabei um "Erbpachtverhältnisse" und unablösliche Geldrenten" (a.a.O. S.141).

dessen, was vereinbart werden soll, ungesetzlich, sondern die Äußerung des hierauf gerichteten Willens selbst unerwünscht. Eine Handlung wird wegen der mit ihr angestrebten rechtlichen Folgen zum Verstoß gegen gesetzliche Anordnungen. - Neben diesem nicht unproblematischen Beispiel - Gebhard selbst zieht in Zweifel, ob in seinem Zusammenhang sinnvollerweise von einem verbotswidrigen Handeln die Rede sein könne[7] - werden von ihm noch weitere Fälle genannt, in denen eine Person mit dem Gesetz in Konflikt gerät, während und weil[8] sie Rechtsverhältnisse zu gestalten gedenkt:

So soll der Abschluß eines Spielvertrages als Gesetzesverstoß zu werten sein[9]. Dasselbe gilt nach Ansicht Gebhards für Willenserklärungen, die dem Abschluß wucherischer Verträge dienen, sowie für solche, die - den Vorschriften der Gewerbeordnung zuwider[10] - Kreditverträge zwischen dem Arbeiter und seinem Prinzipal[11] zustande bringen sollen[12].

---

[7] Allgemeiner Theil, Bd.3, 1881, S.141/142.

[8] Wie weit Verbotsverstoß und Rechtsgeschäft tatsächlich miteinander gleichgesetzt werden können, wird sich noch zeigen. Siehe dazu unten S.179ff.

[9] Dabei muß es sich natürlich um ein verbotenes Spiel handeln.

[10] A.a.O. (N.7) S.144.

[11] §§ 134ff. der Reichsgewerbeordnung v.21.Juni 1869 (BGBl. Norddeutscher Bund S.275); seit dem Änderungsgesetz vom 17.Juli 1878 (RGBl. S.201) §§ 115ff.GewO.

[12] Vgl. zur Frage der Verbotswidrigkeit derartiger Rechtsgeschäfte unten S.131ff.

Seine Erwägungen münden in den Satz, daß sich Verbote - insbesondere Verbote strafrechtlicher Natur - "gegen die Vornahme eines Rechtsgeschäftes als eine natürliche Handlung"[13] zu richten vermögen[14].

Insgesamt erhellt die Begründung des § 108 des Vorentwurfes, daß sein Verfasser davon ausging, es könne ein Zusammentreffen von Gesetzesverstoß und Rechtsgeschäft allein schon anläßlich der Vornahme eines solchen stattfinden. Die Vermutung, § 134 BGB bezeichne also mit dem Begriff "Rechtsgeschäft" die einen solchen Gestaltungsakt vornehmenden Subjekte, welche in dieser Eigenschaft Adressaten durch sie möglicherweise verletzter Verbotsnormen sind, hat sich anhand der Normvorstellungen Gebhards bestätigt. - Im weiteren Gesetzgebungsverfahren sind keine hiervon abweichenden Ansätze sichtbar geworden[15]. Man kann mithin davon sprechen, daß sich die Bewertung Gebhards in dieser Beziehung[16] durchgesetzt habe und Inhalt des § 134 BGB geworden sei. - Danach kann also ein im Sinne dieser Norm relevanter Gesetzesverstoß nur dann stattfinden, wenn ein Rechtsgeschäft vorgenommen wird. Allerdings müssen sich - wie noch zu zeigen sein wird[17] - Gesetzesverstoß und Rechtsgeschäft keineswegs zwingend zu einem gesetzwidrigen Rechtsgeschäft verbinden.

---

13 A.a.O. (N.7) S.144.

14 Dieser Aspekt bedarf noch genauerer Untersuchung. Siehe dazu unten S.69ff.

15 Vgl.: Protokolle 1.Kommission S.214/215; Motive I S.210f. = Mugdan I S.468f.; Protokolle 2.Kommission, Bd.I S.122f. = Mugdan I S.724f.; Bericht der Reichstagskommission S.42 = Mugdan I S.969.

16 Wie weit sich die Normvorstellungen Gebhards in anderen Bereichen des § 134 BGB durchgesetzt haben, wird sich noch zeigen. Siehe dazu unten S.243f.

17 Unten S.71ff.

II. Zum rechtstheoretischen Gehalt des Begriffes "Rechtsgeschäft": Der Zusammenhang zwischen Willenserklärung und Rechtsfolge.

Da der Tatbestand des § 134 BGB verlangt, daß Adressat der verletzten Verbotsnorm derjenige sein soll, der ein Rechtsgeschäft vornimmt, und er es zumindest auch deshalb sein soll, weil er es vornimmt, kommt es für das Verständnis der Vorschrift wesentlich darauf an, welche Vorstellung ihre Schöpfer von einer Handlung hatten, die sie als "Vornahme eines Rechtsgeschäftes"[18] bezeichneten. Damit ist die Frage nach der Beziehung zwischen der Handlung - dem Abgeben einer Willenserklärung - und ihrem Resultat - dem Rechtsgeschäft eben - zur Untersuchung gestellt.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist zunächst einmal von einer gesicherten Erkenntnis auszugehen:
Eine Willenserklärung vermag keine sinnlich wahrnehmbaren Folgen herbeizuführen. Unter sinnlich wahrnehmbaren Folgen sind zum einen alle gegenständlich faßbaren Veränderungen in der Außenwelt zu verstehen. Dazu zählen beispielsweise die Verletzung eines Menschen, die Beschädigung oder Zerstörung einer Sache. Zum anderen gibt es aber auch solche sinnlich wahrnehmbaren Folgen einer Handlung, die in der Beeinflussung des Willens oder des Gefühlslebens eines anderen Menschen bestehen. So läßt sich etwa das Erwecken des Tatentschlusses in der zur Begehung eines Deliktes angestifteten Person als die sinnlich wahrnehmbare Folge der Anstiftungshandlung qualifizieren, ein Gesichtspunkt, der uns noch an späterer Stelle[19] eingehend beschäftigen wird.

---

[18] Diese Formulierung taucht in den Materialien zu § 134 BGB immer wieder auf; vgl. dazu beispielsweise: Den Wortlaut des § 108 des Vorentwurfes (zitiert auf S.11).

[19] Siehe unten S.52ff.

Darin, daß eine Willenserklärung derartige Folgen nicht herbeizuführen vermag, sind sich alle mit dem Problem der Natur des Rechtsgeschäftes befaßten Autoren[20] einig. Besonders deutlich bringt Binder[21] diese Anschauung mit folgenden Worten zum Ausdruck:

> "Daß ein Tatbestand eine bestimmte Rechtsfolge hat, kann nur bedeuten: Ein konkreter Tatbestand ist unter den abstrakten Tatbestand zu subsumieren, den ein Rechtssatz voraussetzt. Dieses Verfahren löst mithin keinerlei Veränderung in der Wirklichkeit aus[22], sondern beläßt alles hübsch am selben Flecke: es ist ein Denkprozeß, nichts weiter."[23]

---

20 D.h. wenn überhaupt das Problem einer Wechselbeziehung von Willenserklärung und Rechtsfolge untersucht wird, geht man stets als selbstverständlich davon aus, daß keine Verknüpfung von Ursache und Wirkung im natürlichen Sinne vorliege. Dieses wird etwa bei Gebhard, Allgemeiner Theil, Bd.3, 1881, S.1, deutlich, der allenfalls die Annahme einer "juristischen Kausalität" für diskutabel hält, die einer natürlichen gar nicht erst erwähnt. Jedoch wird der weitere Verlauf der Untersuchung zeigen, daß dieser klare theoretische Grundansatz bei der Lösung der Probleme im Rahmen des § 134 BGB keineswegs konsequent durchgehalten wird.

21 Rechtsbegriff und Rechtsidee, 1915, S.135.

22 Hervorhebung nicht im Original.

23 Ähnliche Gedanken, wie sie Binder vertritt, finden sich bei Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft, 2.Aufl., 1923, S.197f., der über die Beziehung von Rechtsvoraussetzung und Rechtsfolge sagt:

> "Es ist also für die klare Erfassung rechtlicher Voraussetzungen und Folgen die Gedankenrichtung von Ursache und Wirkung ganz zu

23

> vermeiden. Man spricht wohl von dem Rechtsgeschäfte und seiner 'Wirkung' ... Aber alle derartigen Wendungen sind entweder vage Bilder, die in ihrer unbestimmten Parallele der Klarheit des Denkens nicht förderlich sind, oder bedeuten geradezu sachliche Irrtümer, sobald es dem Redenden mit der Einsetzung der naturwissenschaftlichen Kategorie der Kausalität ernst ist."

(Eine kritische Auseinandersetzung mit den Ansichten Stammlers und Binders findet sich bei Sommer, Kritischer Realismus, 1929, S.111ff.).

Auch Radbruch, Der Handlungsbegriff, 1904, S.40, verneint das Vorliegen einer Kausalität im natürlichen Sinne:

> "Ein Kausalverhältnis zwischen Tatbestand und Rechtsfolge wird vom Rechtssatze nicht als ein verwirklichter, sondern als ein zu verwirklichender ausgesprochen. Der Gesetzgeber erzählt nicht, daß dieser Tatbestand diese Rechtswirkung zur Folge habe, sondern er verheißt, daß er, der Gesetzgeber, dafür sorgen werde, oder befiehlt, daß der Untertan dafür sorgen solle, daß dieser Tatbestand diese Rechtswirkung zur Folge habe. Der Rechtssatz ist nicht ein deklaratorischer, sondern ein konstitutiver, nicht ein feststellender, sondern ein festsetzender Satz, nicht Naturgesetz, sondern Norm."

(Bei den Wendungen "verwirklichter" bzw. "zu verwirklichender" muß es sich um Druckfehler respektive ein Versehen bei der Abfassung des Manuskriptes handeln.)

Die Gedanken Radbruchs aufgreifend sagt Oertmann, Rechtsordnung, 1914, S.229:

> "Dieser (der Rechtserfolg; d.Verf.) tritt selbstverständlich nicht ein unmittelbar kraft des Tatbestandes, sondern die Rechtsordnung bestimmt lediglich, daß, wenn ein Tatbestand eingetreten ist, dieser reale Erfolg bewirkt werden solle."

Damit ist nun allerdings zunächst einmal lediglich eine Einsicht negativen Charakters gewonnen: Nämlich die, daß zwischen der Willenserklärung und den sich an sie knüpfenden Rechtsfolgen keine Kausalbeziehung im natürlichen Sinne besteht. - Gleichwohl läßt sich aber nicht leugnen, daß die Existenz eines Rechtsgeschäftes zu real spürbaren Konsequenzen führen kann. Diese praktische Erfahrung wird jeder Schuldner machen, der sich weigert, von ihm vertraglich übernommene Verpflichtungen freiwillig zu erfüllen. Sein Gläubiger wird im Regelfall gegen den Leistungsunwilligen ein Urteil erstreiten. Sodann vollstrecken die dafür zuständigen Staatsorgane - etwa der Gerichtsvollzieher - den Spruch des Gerichtes, wobei sie nötigenfalls Gewalt gegen den sich widersetzenden Verurteilten anwenden[24]. - Vordergründig betrachtet vermag also die Abgabe einer Willenserklärung einen Geschehensmechanismus auszulösen, der schließlich in einen Vorgang mündet, in dessen Verlauf auf sinnlich wahrnehmbare Weise gegen die Person oder zumindest das Vermögen desjenigen vorgegangen wird, der durch einen Akt privatautonomer Rechtsgestaltung Bindungen eingegangen ist.

Angesichts solcher Beobachtungen scheint es nahezuliegen, zwischen der Willenserklärung und den sich an sie anschliessenden Rechtsfolgen wenigstens eine besondere Art von Ursachenbeziehung feststellen zu wollen, die sich - zur besseren

---

[24] § 758 Abs.3 ZPO ermächtigt den Gerichtsvollzieher hierzu.

Unterscheidung von der Kausalität im natürlichen Sinne - als juristische Kausalität bezeichnen ließe[25].

Eine derartige Auffassung vom Wesen des Rechtsgeschäftes wäre aber allenfalls dann vertretbar, wenn man dem Willen der Privaten rechtsschöpferische Kraft beimäße, in ihm also eine neben der staatlichen Ordnung stehende Rechtsquelle erblickte. Dann nämlich wäre in der Willenserklärung zwar nicht die natürliche Ursache für die real spürbaren Folgen der rechtsgeschäftlichen Bindung zu erblicken, sie ließe sich aber zumindest als die juristische Kausa derjenigen Normbefehle qualifizieren, deren Vollzug auf sinnlich wahrnehmbare Weise gegen den Erklärenden wirkt. Ob diese Anschauung allerdings die Wechselbeziehung zwischen Willenserklärung und Rechtsfolge wirklich zutreffend erfassen würde[26], kann hier

---

25 Gebhard, Allgemeiner Theil, Bd.3, 1881, S.1:

> "Von dem Bestreben geleitet, die Beziehung zwischen dem Gewolltsein des Eintritts einer Rechtswirkung und dem Eintritt der gewollten Rechtswirkung zu versinnlichen, mag man das zwischen dem Tatbestande und dem Rechtserfolge stattfindende Verhältniß als juristische Kausalität auffassen ... Unbedenklich ist eine solche Formulierung nicht."(Hervorhebung nicht im Original).

Es ist dabei, um ein Mißverständnis zu vermeiden, auf folgendes hinzuweisen:
Der hier gebrauchte Begriff "juristische Kausalität" steht in keinem Zusammenhang zu der auch heute noch viel erörterten Frage, ob man den Kausalzusammenhang zwischen Ereignissen der Seinswelt nach naturwissenschaftlichen oder aber spezifisch rechtlichen Gesichtspunkten beurteilen solle (vgl. dazu unten S.42ff.).

26 Auch dann, wenn man dem Privaten selbst Rechtsschöpfungsmacht zuerkennt, bleibt zu bedenken, daß die Rechtsordnung die durch seine Willenserklärung hervorgebrachten Wirkungen mittels einer Nichtigkeitsanordnung ohne weiteres zu beseitigen vermag. Ihre "Mitwirkung" besteht also zumindest darin, von einem solchen Schritt abzusehen.

unerörtert bleiben. Denn schon ihre Prämisse - das Vorhandensein rechtsschöpferischer Kraft des Bürgers - wäre unvereinbar mit dem Bilde, das sich die heutige Rechtswissenschaft vom Wesen der Privatautonomie macht.

In ihr hat sich nämlich die - nunmehr durchgehend vertretene[27] - Auffassung herausgebildet, daß die Willenserklärung des Privaten nur mit Hilfe der Anerkennung durch die Rechtsordnung Bindungen bewirken könne. Sie stützt sich dabei auf Erkenntnisse, die bereits in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts gewonnen wurden[28] und auch schon Gebhard, den Schöpfer des Vorentwurfes des Allgemeinen Theils, stark beeinflußten[29].

---

27 Vgl. hierzu etwa:
Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, 1967, S.67;
Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil, 2.Hbb., 15.Aufl., 1960, § 137 IV 1, S.864f.; Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Bd.1, 1960, 135, S.136f.; ders., Rechtsgeschäft, 3.Aufl., 1979, § 1, 2, S.1f.; Larenz, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 2 II S.36.

28 Vgl. etwa die Ausführungen bei:
Bülow, Dispositives Civilprozeßrecht, AcP 64, 1881, 1, S.71ff., S.75 N.46; Ehrenzweig, Über den Rechtsgrund der Vertragsverbindlichkeit, 1889; Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, 1888, S.152ff.; Hofmann, Die Entstehungsgründe der Obligationen, 1874, S.53f., 64; Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung, 1877, S.4f.; Kohler, Studien über Mentalreservation, JhJ.16, 1877, S.106 und 331; Schall, Der Parteiwille im Rechtsgeschäft, 1877, S.5f.; Schlossmann, Zur Lehre vom Zwange, 1874, S.21; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878, S.358f. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd.1, 4.Aufl., 1875, S.164 und 173 N.1; deutlicher noch: 7.Aufl., 1891, S.165 N.1.

29 Vgl. Allgemeiner Teil, Bd.3, 1881, S.1.

Flume[30] beispielsweise beschreibt die wesentlichen Grundzüge dieser rechtstheoretischen Konzeption mit folgenden Worten:

> "Die Privatautonomie und im besonderen die Vertragsfreiheit erfordern begrifflich die Rechtsordnung als Korrelat. Die privatautonome Gestaltung von Rechtsverhältnissen kann nur durch Akte erfolgen, welche als Typus rechtlicher Gestaltung von der Rechtsordnung anerkannt sind, und es können nur Rechtsverhältnisse von dem einzelnen gestaltet werden, die als Rechtsfiguren der Rechtsordnung eigen sind. ... Dabei kann sinnvoller Weise nicht die früher viel erörterte Frage gestellt werden, ob die privatautonome Gestaltung des einzelnen oder die Rechtsordnung der 'eigentliche' Grund für die Geltung des privatautonomen Akts sei. Beides, die privatautonome Gestaltung und die Rechtsordnung, gehören vielmehr als Rechtsgrund der Geltung des privatautonomen Akts untrennbar zusammen."

Kommt in dem ersten Teil des Zitates eindeutig zum Ausdruck, daß es die Rechtsordnung sei, die in allen Lebensbereichen, also auch in den der privatautonomen Gestaltung überlassenen, Recht setze, so verdunkelt der Schlußsatz diesen Zusammenhang wieder in etwa. Denn er nennt zwei Elemente, die den "Rechtsgrund der Geltung des privatautonomen Akts" darstellen sollen: Zum einen den Willen des Privaten, der sich in der Willenserklärung manifestiert, zum anderen die Anerkennung dieses Willens durch die Rechtsordnung. - Es handelt sich hierbei aber gerade nicht, wie die Formulierung nahezulegen scheint, um zwei Ursachen, auf deren Existenz rechtsgeschäftliche Bindungen zurückzuführen

---

[30] A.a.O. (N.27) S.137.

sein sollen. Betrachtet man nämlich den Begriff "Geltungsgrund" im Hinblick auf die Frage nach der Urheberschaft rechtlicher Anordnungen, so wäre es unzutreffend zu sagen, daß neben der Anerkennung durch die Rechtsordnung auch der Wille des Privaten Voraussetzung für das Eingreifen derjenigen Normbefehle sei, die sich an ein wirksames Rechtsgeschäft knüpfen. Denn Träger der Rechtsschöpfungsbefugnis kann allein die Rechtsordnung sein, wobei diese Aufgabe von den durch die Verfassung hiermit betrauten staatlichen Organen wahrgenommen wird. Der Private hat an dem Akt des Schaffens von Recht niemals Anteil im Sinne eines gleichrangigen Mitwirkens. Vielmehr schafft seine Willensäußerung lediglich den Anlaß für den Vorgang der Sanktionierung, den die Rechtsordnung allein und vollkommen autonom vollzieht.

Diesen Zusammenhang beschreibt etwa Enneccerus[31] mit den Worten:

> "Jede Rechtswirkung ist eine Wirkung des Gesetzes; auch die gewollte Rechtswirkung tritt nur deshalb ein, weil, und nur insofern ein, als das Gesetz an den Willen die Rechtswirkung knüpft."
>
> "Führt das Gesetz eine bestimmte Rechtsfolge dann und nur dann herbei, wenn dieselbe gewollt ist, so erkennen wir daraus, daß der

---

[31] Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, 1888, S.152 (1.Zitat), S.153 N.1 (2.Zitat). Ähnliche Gedanken finden sich auch beispielsweise bei Manigk, Über Rechtswirkungen und juristische Tatsachen, JhJ.49, 1905, 459, S.464ff.; Raape, Das gesetzliche Veräußerungsverbot des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1908, S.14f.; Schlossmann, Zur Lehre vom Zwange, 1874, S.21; Wolff, Karl, Verbotenes Verhalten, 1923, S.172.

Wille Motivation[32] ist, daß das Gesetz die Rechtswirkung herbeiführt, weil sie gewollt ist."[33]

---

[32] Hervorhebung nicht im Original.

[33] Erstaunlicherweise relativiert allerdings Enneccerus diese Erkenntnisse, indem er bei den folgenden Ausführungen (S.153ff.) in eine Kausalitätsbetrachtung eintritt, die Wille und Sanktionierung desselben durch die Rechtsordnung als "Ursache" (S.154) der Rechtswirksamkeit zu behandeln scheint.
Dieselbe Beobachtung läßt sich auch bei Karlowa machen, der sich in seiner 1877 erschienenen Monographie "Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung" mit der Frage des Zusammenhangs von Willenserklärung und Rechtsfolge intensiv auseinandersetzt. Er arbeitet zunächst (a.a.O. S.4) deutlich heraus, daß der Wille des Privaten seine Wirksamkeit aus der Sanktionierung durch die Rechtsordnung beziehe. Dann aber (a.a.O. S.5ff.) folgen Darlegungen, in denen der Autor in ein bereits überwundenes Kausaldenken zurückzufallen scheint.
Augenscheinlich verleitet das Bemühen, sehr abstrakte Vorgänge anschaulich werden zu lassen, zur Verwendung von Bildern, die den klaren theoretischen Grundansatz unnötigerweise verdecken.
Sehr eindringlich hat Kipp in seinem berühmten Aufsatz "Über Doppelwirkungen im Recht" (in: Festschrift für Martitz, 1911, S.211ff.) vor den Folgen solchen Vorgehens gewarnt (a.a.O. S.211/212):

> "Wir alle sind in der Theorie heutigen Tages wohl davon überzeugt, daß es Bildersprache ist, wenn wir vom Entstehen, Sichverändern, Untergehen, Erlöschen von Rechten und Rechtsverhältnissen, ... sprechen, ... Aber unsere juristischen Argumentationen sind, wie mir scheint, noch nicht genug von dieser Erkenntnis durchdrungen; ..."

Es wäre nach dem soeben Gesagten nicht nur überflüssig, sondern auch sachlich verkehrt, dann zwischen Rechtsfolgen "ex lege" und solchen "ex voluntate" zu differenzieren, wenn es darum geht, festzustellen, wem sie als ihren Urheber zuzurechnen seien. Dieser ist stets ausschließlich in dem gemeinen Willen, der Rechtsordnung also, zu finden.

Es mag unter vielen dogmatischen Gesichtspunkten[34] hilfreich sein, den Geltungsgrund rechtsgeschäftlicher Bindungen auf ein sich ergänzendes Nebeneinander von privatem Willen einerseits und Anerkennung dieses Willens durch die Rechtsgemeinschaft andererseits zurückzuführen. Jedoch führt eine solche Betrachtungsweise in der Sache nicht weiter, wenn es darum geht, herauszufinden, ob und wann das Zusammentreffen von rechtsgeschäftlichem und deliktischem Handeln ein Rechtsgeschäft hervorbringt, das als "verbotenes" zu qualifizieren ist. Denn sie verleitet - wie im Folgenden darzulegen sein wird - nicht selten dazu, die rechtliche "Gestaltungsfähigkeit" des Privaten mit dessen natürlichem, zuweilen im Widerspruch zu den Anforderungen des Rechts ausgeübtem Handlungsvermögen zu verwechseln.

---

[34] So sieht beispielsweise Larenz, Methodenlehre, 2.Aufl., 1969, S.189/192, weitreichende Unterschiede hinsichtlich der Beziehung von Sachverhalt und Rechtsfolge im Allgemeinen und Willenserklärung und Rechtsfolge im Besonderen. Jedoch verneint er für beide Fälle eindeutig das Vorliegen einer Kausalität (a.a.O. S.192):

> "Das (zur Beziehung von Sachverhalt und Rechtsfolge; d.Verf.) Gesagte bedarf der Ergänzung für den Fall, daß der im Tatbestand gemeinte Sachverhalt ein Rechtsgeschäft, die Rechtsfolge die mit dem Rechtsgeschäft angestrebte ist. In diesem Fall besteht zwischen dem Sachverhalt (dem Rechtsgeschäft) und der Rechtsfolge zwar kein Verhältnis der Kausalität, wohl aber das Verhältnis von bestimmendem Akt und durch ihn getroffener Bestimmung, sinnhaftem Akt und Aktsinn." (Hervorhebung nicht im Original).

Die Untersuchung des Begriffes "Rechtsgeschäft" hat also zu folgendem Resultat geführt:

Die Verfasser des § 134 BGB[35] gingen davon aus, daß sich Gesetzesverstöße ereignen können, indem und weil es zur Vornahme eines Rechtsgeschäftes kommt. Andererseits waren sie sich aber darüber im klaren, daß die Vornahme eines Rechtsgeschäftes, die Abgabe entsprechender Willenserklärungen mithin, keinerlei sinnlich wahrnehmbare Veränderungen herbeizuführen vermag. Auch folgten sie - wie die Ausführungen Gebhards zum Begriff "Rechtsgeschäft"[36] zeigen - bereits der heute allgemein vertretenen Auffassung, daß die Willenserklärung des Privaten nur dann und nur insoweit rechtliche Wirkungen "erzeugen" kann, als die Rechtsordnung sie anerkennt.

§ 5 Der Begriff "Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot"

I. Die besondere Bedeutung des Begriffes "Verbotsverstoß" im Rahmen des § 134 BGB.

Es gilt nunmehr, unter Berücksichtigung der soeben vom Wesen der Privatautonomie gewonnenen Erkenntnisse herauszuarbeiten, wann ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 134 BGB deshalb "gegen ein gesetzliches Verbot verstößt", weil die auf seinen Abschluß gerichteten Willenserklärungen von den Beteiligten unter gesetzwidrigen Umständen abgegeben werden. Es geht also um die Frage, ob und inwieweit eine Person dadurch mit Verbotsnormen in Konflikt geraten kann, daß sie in einer bestimmten Situation ihren rechtsgeschäftlichen Willen äußert.

---

[35] Siehe hierzu S.26.

[36] Allgemeiner Theil, Bd.3, 1881, S.1.

Die Vorstellung, es gebe überhaupt normwidrige Verhaltensweisen dieser Art, wirkt prima facie befremdlich, wurde doch zuvor dargelegt, daß Willenserklärungen aus sich heraus weder tatsächliche noch auch nur rechtliche Wirkungen hervorzubringen vermögen. Dieses Bedenken mag sogleich an einem Beispiel verdeutlicht werden:

So soll der Geschäftsinhaber, der nach Eintritt der Sperrzeit mit einem Kunden einen Vertrag abschließt, durch diese Handlung gegen ein gesetzliches Verbot, die Bestimmung über die Ladenschlußzeit[1], verstoßen[2]. Es erscheint nun aber merkwürdig, dieses Rechtsgeschäft als "verbotenes" zu qualifizieren, berücksichtigt man die Gründe, die den Gesetzgeber bewogen haben, die Geschäftsöffnungszeiten zu reglementieren. Sinn des Verbotes ist es nämlich in erster Linie, dem im Handel beschäftigten Personal Schutz vor Verletzung der Arbeitszeitvorschriften zu gewähren, deren Einhaltung sich kaum effektiv überwachen ließe, könnten Ladengeschäfte jederzeit geöffnet sein[3]. Es droht eine Vereitelung der Erreichung dieses Zwecks bereits dann, wenn ein Geschäftsmann sein Ladenlokal überhaupt für den Publikumsverkehr geöffnet hält. Es spielt hingegen keine Rolle, welche gewerbliche Tätigkeit sich in den Räumlichkeiten im einzelnen ereignet. Ja, es ist nicht einmal erforderlich, daß überhaupt ein Kunde das Geschäft betritt. Ein Verstoß gegen die Vorschriften des Ladenschlußgesetzes kann bereits dadurch verübt werden, daß der Geschäftsinhaber es unterläßt, die Schliessung des Geschäftes durch Verriegeln der Tür, Anbringen

---

[1] § 24 Abs.1 Nr.2 a iVm § 3 Abs.1 des Ladenschlußgesetzes (Wortlaut des § 3 ist in N.4 auf Seite 22 auszugsweise zitiert).

[2] Z.B. Larenz, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II, S.378 m.w.N.

[3] Vgl. dazu den Bericht des Ausschusses für Arbeit (2.Leg.-Periode 1953, BT-Drucks.2810, S.1f. - unter Nr.I 1 -).

eines Aushanges oder durch ähnliche Maßnahmen kenntlich zu machen[4]. So gesehen scheint es aber für den Unwertgehalt der Tat bedeutungslos zu sein, ob es außerdem noch zu dem Abschluß eines Rechtsgeschäftes kommt. Vielmehr hat man es prima facie mit einem Nebeneinander von verbotenem tatsächlichem Verhalten einerseits und in dieser Beziehung indifferenter rechtsgeschäftlicher Betätigung andererseits zu tun. - Ob dieser erste Eindruck allerdings zutrifft und sich aus ihm verallgemeinerungsfähige Schlüsse ziehen lassen, die so schwierige Figur des "verbotenen Rechtsgeschäftes" könne stets in der soeben angedeuteten Weise aufgegliedert werden, soll an dieser Stelle zunächst offen bleiben[5]. Denn vorab bedarf eine andere Frage der Klärung.

Dem Wortlaut des § 134 BGB ist für den unbefangenen Betrachter zu entnehmen, daß es verbotene Handlungen geben müsse, die in der Vornahme eines Rechtsgeschäftes bestehen. Sollte eine derartige Vorstellung in § 134 tatsächlich festgeschrieben sein, so wäre jede rechtstheoretische Kritik hieran müßig. Man hätte es mit einer zu akzeptierenden gesetzgeberischen Wertung zu tun. Ob die Formulierung "ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt ..." allerdings in einem solchen Sinne aufzufassen ist, läßt sich aus der allgemeinen Sprachbedeutung der Norm nicht sicher erschließen. Denn es handelt sich hierbei um spezifisch juristische Termini. Vielmehr ist insoweit auf das Vorstellungsbild abzuheben, das sich die Schöpfer des § 134 von dieser Vorschrift gemacht haben.

Auch in diesem Punkte sind die Begründungen Gebhards zu den §§ 107, 108 des Vorentwurfes von allen Äußerungen

---

[4] Vgl. etwa die Entscheidung des bayerischen Obersten Landesgerichtes v. 2.4.1958, AP Nr.2 zu § 3 LSchlG.

[5] Dieser Gesichtspunkt wird unten, S.69ff., näher untersucht werden.

der Gesetzesverfasser die ausführlichsten und ergiebigsten. Sie beginnen zwar mit dem Satz[6]:

> "Das Verbot kann sich indessen auch direkt gegen das Rechtsgeschäft wenden."

Dies erweckt zunächst den Anschein, als halte Gebhard es für selbstverständlich, daß Normverstöße auch in der Abgabe von Willenserklärungen bestehen können. Im Folgenden legt er jedoch - auf der Basis seiner (und der heute vertretenen)[7] Anschauung vom Wesen der Privatautonomie - dar, daß es im rechtsgeschäftlichen Bereich eigentlich gar keiner Verbote bedürfe, da die Willenserklärungen des Privaten nur und nur kraft der Sanktionierung durch die Rechtsordnung Wirkungen im rechtlichen Bereich entfalten könnten[8].

Damit zeigt Gebhard, daß ihm die rechtstheoretische Problematik der Figur "gesetzwidrige Vornahme eines Rechtsgeschäftes" bewußt war. Hätte er die Absicht besessen, diese - offene - Frage durch die von ihm vorgeschlagene Norm in einer bestimmten Weise zu entscheiden, dann wäre ein entsprechender Wille wohl auch in der Begründung zum Ausdruck gelangt. Es finden sich dort jedoch keine in eine solche Richtung weisende Äußerungen. Vielmehr hebt Gebhard anläßlich der Analyse einzelner gesetzwidriger Rechtsgeschäfte mehrfach hervor, daß die Vorstellung, die Abgabe einer Willenserklärung könne sich als unerlaubte Handlung darstellen, nicht unproblematisch sei. So ist bei Gebhard etwa nachzulesen[9]:

---

6 Allgemeiner Theil, Bd.3, 1881, S.141 (unter § 28).

7 Siehe oben S.24f.

8 A.a.O. (N.6).

9 A.a.O. (N.6), S.144.

"Die Eigenschaft einer Willenserklärung als einer unerlaubten Handlung ergiebt sich in besonders weitem Umfange aus den Strafgesetzen. Die rechtsgeschäftliche Handlung besteht zwar nur in einer Willenerklärung[10] ..., ist also, objektiv gesehen, harmloser Natur, aber dennoch fällt sie in unzähligen Fällen mit einem deliktischen Thatbestande zusammen."

An dieser Formulierung wird deutlich, daß Gebhard zumindest nicht ausschließen will, die "verbotene" Willenserklärung ihrer Struktur nach als ein Nebeneinander von Rechtsgeschäft einerseits und Delikt andererseits zu begreifen. Jedenfalls bietet er keine durch seinen Normvorschlag präjudizierte Lösung des Problems dar.

Auch in den weiteren Stadien des Gesetzgebungsverfahrens wird der Terminus der "verbotswidrigen Vornahme eines Rechtsgeschäftes" mehrfach gebraucht, ohne daß sich daraus erhellen würde, die Gesetzesverfasser hätten ihn in normativer Weise mit einem gänz bestimmten Bedeutungsgehalt anfüllen wollen[11].

Somit beschreibt die Formulierung "Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ..." nicht etwa ein vom Gesetzgeber durchgeformtes Tatbestandsmerkmal. Vielmehr haben wir es - zumindest in diesem Bereich des § 134[12] -

---

[10] Hervorhebung nicht im Original.

[11] Vgl. dazu:
Protokolle 1.Kommission S.214f.; Motive I S.210 = Mugdan I S.468; Protokolle 2.Kommission Bd.I S.123 = Mugdan I S.725; Bericht der Reichstagskommission (Ausgabe Guttentag), 1896, S.43 = Mugdan I S.969.

[12] Ob dies für die gesamte Norm gilt, wird der weitere Verlauf der Untersuchung zeigen. Siehe dazu unten S.250.

mit einer Generalklausel zu tun, einem Wertungsmaßstab also, der noch der inhaltlichen Ausgestaltung bedarf, um praktisch anwendbar zu sein[13].

Im Folgenden läßt sich also frei von der Bindung durch etwaige gesetzliche Wertungen untersuchen, ob die Vorstellung, es gebe deliktisches Handeln, das sich in der Abgabe von Willenserklärungen verkörpere, den Zusammenhang von Rechtsgeschäft und Gesetzesverstoß zutreffend erfaßt.

II. Die rechtstheoretische Erfassung des Begriffes "Verbotsverstoß".

Um den Sinn von Normen verstehen zu können, die die Vornahme von Rechtsgeschäften verbieten, also die Abgabe entsprechender Willenserklärungen untersagen, ist es notwendig, sich vorab Klarheit über die grundsätzliche Struktur verbietender Rechtssätze zu verschaffen. Denn das gegen Rechtsgeschäfte gerichtete gesetzliche Verbot stellt nur eine besonders komplizierte Unterart der Verbote im Allgemeinen dar.

1. Die Struktur verbietender Rechtssätze im Allgemeinen:

Es ist im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht möglich, aber auch nicht notwendig, die Natur verbietender Rechtssätze umfassend zu erörtern. Vielmehr ist für das bessere Verständnis der rechtsgeschäftlichen Verbote ein ganz bestimmter Teilaspekt von Bedeutung: Es geht dabei um die Frage, welcher Zusammenhang bei den "Erfolgsdelikten" zwischen der Handlung des Täters und dem den Unwertgehalt seiner Tat ausmachenden Erfolg bestehen muß. Denn rechtsgeschäftliche

---

[13] Vgl. dazu:
Larenz, Methodenlehre, 4.Aufl.1979, S.203.

Verbote lassen sich, wie noch im einzelnen darzustellen sein wird[14], sinnvollerweise nur als erfolgsorientierte Tatbestände auffassen[15].

Im zivilrechtlichen Bereich besteht Übereinstimmung darin, daß ein Ereignis nur dann als Erfolg eines positiven Täterverhaltens gewertet werden könne, wenn zwischen beiden eine naturwissenschaftliche Kausalbeziehung bestehe[16]. So kommt insbesondere in der Rechtsprechung des BGH klar zum Ausdruck, daß hierin die unerläßliche, wenngleich nicht stets aus-

---

[14] Siehe unten S.49ff.

[15] Prima facie besteht ja der typische Sinn der Abgabe einer Willenserklärung darin, mit ihrer Hilfe rechtliche Veränderungen herbeizuführen.

[16] Zwar findet sich - im Gegensatz zur Rechtsprechung (dazu sogleich) - in der rechtswissenschaftlichen Literatur die vorherrschende Ansicht, daß es nicht sinnvoll sei, im rechtlichen Bereich von einem naturwissenschaftlichen, also außerrechtlichen, Kausalitätsbegriff auszugehen (vgl. dazu im einzelnen die Ausführungen bei Schulin, Der natürliche - vorrechtliche - Kausalitätsbegriff im zivilen Schadensersatzrecht, 1976, S.11ff.). Jedoch beziehen sich diese Bedenken nicht darauf, bei Erfolgsdelikten, deren Tatbestand durch positives Tun verwirklicht wird, eine Kausalbeziehung im naturwissenschaftlichen Sinne zu verlangen (Schulin, a.a.O., S.12). Vielmehr erscheint dieser Kausalbegriff als ungeeignet, das Wesen der unechten Unterlassungsdelikte zu erklären und die für eine juristische Zurechenbarkeit notwendige Selektion zwischen erheblichen und unerheblichen Geschehensabläufen vorzunehmen (vgl. Schulin a.a.O.).

reichende Minimalvoraussetzung für eine Zurechenbarkeit zu erblicken sei[17]. Spezifisch rechtliche Kausalitätsbetrachtungen können nach Auffassung des BGH nur zu einer Einschränkung der Zurechenbarkeit führen, sie aber nicht über die Grenzen naturwissenschaftlicher Kausalbeziehungen hinaus erweitern[17].

Wesentlich für die Frage nach der Struktur rechtsgeschäftlicher Verbote ist nun allerdings, was man sich denn präzise unter einer naturwissenschaftlichen Kausalbeziehung vorzustellen hat.

Zunächst einmal fallen sicherlich mechanisch-physikalische Geschehensabläufe hierunter.
So ist unzweifelhaft das Abfeuern eines Schusses ursächlich für die beim anvisierten Opfer durch das Geschoß hervorgerufenen Verletzungen.

Außer bei diesen substanzverändernden Einwirkungen wird man eine naturwissenschaftliche Kausalbeziehung aber auch dann bejahen müssen, wenn die Handlung des Täters eine Veränderung in der Psyche eines anderen Menschen hervorruft:

---

[17] Sehr instruktiv ist das Urteil v. 7.7.1970, LM Nr.39 zu § 287 ZPO = NJW 1970, 1970. In ihm wird das Verhältnis von naturwissenschaftlichem Kausalbegriff einerseits und spezifisch rechtlichen Kausalitätsbetrachtungen andererseits mit folgenden Worten charakterisiert:

> "Soweit es darum geht, einen Ursachenzusammenhang zwischen dem ... Unfall und den für den jetzigen Zeitpunkt ... festgestellten Leiden im Sinne der nicht wegzudenkenden Bedingung zu bejahen, kommt es nicht auf die im einzelnen umstrittene Frage an, ob von einem besonderen juristischen Ursachenbegriff gesprochen werden kann. Ein solcher kann insoweit jedenfalls nur in einer Einengung des naturwissenschaftlichen Verursachungsbegriffs dahin bestehen, daß bestimmte Verursachungsabläufe als rechtlich nicht zurechenbar außer Betracht bleiben. Dagegen kann ein juristischer Verursachungsbegriff nicht dazu führen, daß ein naturwissenschaftlich zu verneinender Verursachungszusammenhang 'juristisch' bejaht wird ...".

(LM Nr.39 Bl.2 = NJW 1970, 1970, S.1971 unter Nr.2 a; das Wort "Einengung" ist im Original nicht hervorgehoben).

So etwa das Auftreten neurotischer Störungen in Folge unfallbedingter Verletzungen[18].

Schließlich wird eine Kausalbeziehung im naturwissenschaftlichen Sinne auch dann angenommen, wenn es um die Qualifikation des Verhältnisses zwischen einer willensbeeinflussenden Handlung und dem in der motivierten Person erweckten Willensentschluß geht[19]. - Auf diese besondere Art von Kausalbeziehung ist näher einzugehen. Denn möglicherweise lassen sich aus ihrem Wesen Erkenntnisse ableiten, die auch den Zusammenhang zwischen der gesetzwidrigen Abgabe von Willenserklärungen und den sich an sie anschließenden oder doch zumindest intendierten[20] rechtsgeschäftlichen[21] Folgen erhellen.

---

18 Es bereitet zumindest keine Schwierigkeit, in solchen Fällen eine naturwissenschaftliche Kausalität anzunehmen, in denen mechanisch-physikalische Einwirkungen unmittelbar zu Störungen des Nervensystems führen (vgl. dazu etwa: Deutsch, Haftungsrecht, Bd.1, Allgemeine Lehren, 1976, S.467f.). Erkenntnistheoretisch schwieriger gestaltet sich die Feststellung der Kausalität im naturwissenschaftlichen Sinne bei Folgen, die über schwer faßbare psychische Abläufe vermittelt werden. Dieses Problem stellt sich insbesondere bei den "Rentenneurosen" (das in N.17 zitierte Urteil des BGH beschäftigte sich mit dieser Frage).

19 Vgl. hierzu etwa Engisch, Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug in FS für H.v. Weber, 1963, S.247ff. sowie Schulin, Kausalitätsbegriff, 1976, S.98 N.353 m.z.N.

20 Dieses Problem stellt sich bei den "verbotenen" und daher nichtigen Rechtsgeschäften. Siehe unten S.103ff.

21 Dazu, daß bei rechtsgeschäftlichen Verboten nur die rechtlichen Folgen der Willenserklärung von Bedeutung sein können, sogleich S.49ff.

Es kann und braucht an dieser Stelle nicht auf die sehr komplexe rechts- wie allgemeinphilosophische Frage eingegangen zu werden, inwieweit sich die Annahme einer psychischen Kausalität mit der Maxime menschlicher Willensfreiheit vereinbaren lasse[22]. Die alltägliche Erfahrung lehrt, daß sich der Mensch in seinen Willensentscheidungen neben vielen anderen Faktoren auch durch mehr oder weniger zielgerichtete Motivationen seiner Mitmenschen beeinflussen läßt. Zudem gehört es zu den Grundentscheidungen von Zivil- und Strafrecht, die Möglichkeit einer Erfolgsverursachung vermittelt über psychische Geschehensabläufe anzuerkennen. Die in beiden Rechtsgebieten vorgesehene Teilnahmeform der Anstiftung - § 830 Abs.2 BGB, § 26 StGB - ließe sich sonst nicht erklären.

Auf den ersten Blick scheint zwischen der Handlung des Anstifters, deren Erfolg zunächst in dem Erwecken des Tatentschlusses besteht, und dem Verhalten desjenigen, der verbotenerweise eine Willenserklärung abgibt, in einem wesentlichen Punkt Übereinstimmung zu herrschen. In beiden Fällen werden Reaktionen hervorgerufen, die ohne dieses Movens unterblieben wären.

So feuert etwa der gedungene Mörder den Schuß auf sein Opfer nur deshalb ab, weil die Versprechungen, Drohungen oder auch nur "Anregungen" des Anstifters ihn zu der Tat bestimmt haben.

In vergleichbarer Weise scheint auch die gesetzwidrige Vornahme eines Rechtsgeschäftes reale Geschehensabläufe zu initiieren. Das Beispiel der Unterschlagung einer Sache[23],

---

22 Siehe dazu etwa Träger, Der Kausalbegriff, 1904, S.36 mit Hinweis auf seine Schrift "Wille, Determinus, Strafe".

23 Auf diese Modalität des Unterschlagenstatbestandes wird noch im einzelnen einzugehen sein; vgl. unten S.71ff.

die der Täter an einen gutgläubigen Dritten veräußert, mag dies verdeutlichen:

Übereignet B ein Buch, das er sich von A geliehen hat, doloserweise an C, der die wahren Eigentumsverhältnisse weder kennt noch sie zu erkennen braucht, so geht der Verleiher gem. §§ 929, 932 BGB seines Eigentums verlustig. Dieses Recht steht nunmehr dem Erwerber C zu. Würde A ungeachtet des zwischen B und C geschlossenen dinglichen Rechtsgeschäftes die Sachherrschaft über das Buch zurückzugewinnen versuchen, indem er es dem Neueigentümer fortnimmt, so könnte dieser unter Zuhilfenahme der Justiz gegen den früheren Rechtsinhaber vorgehen. Das von C angerufene Gericht, d.h. der mit dem Fall befaßte Richter, würde mit Rücksicht auf das Veräußerungsgeschäft seinem Herausgabeverlangen entsprechen, A also zur Rückgabe des Buches an den Erwerber C verurteilen. Leistet A dem Urteilsspruch nicht freiwillig Folge, läuft er Gefahr, daß ein Gerichtsvollzieher auf der Grundlage des von C erstrittenen Titels gem. § 883 Abs.1 ZPO Zwangsvollstreckungsmaßnahmen durchführt und ihm das Buch - notfalls auch unter Gewaltanwendung (§ 758 Abs.3 ZPO) - wegnimmt.

Fragt man nach der "Ursache"[24] der soeben beschriebenen Vorgänge, so lautet - zumindest bei unbefangener Betrach-

---

[24] Ob wir es hier tatsächlich mit einer Beziehung von Ursache und Wirkung i.e.S. zu tun haben, wird im Folgenden herauszuarbeiten sein.

tungsweise[25] - die Antwort, B habe durch seine gesetzwidrige, weil gegen § 246 StGB verstoßende, Willenserklärung eine für die nachfolgenden Ereignisse nicht wegzudenkende Bedingung geschaffen. Die "Conditio sine qua non Formel"[26] zum Maßstab genommen bestätigt prima facie das Vorliegen einer Kausalbeziehung zwischen dem gesetzwidrigen Rechtsgeschäft des B einerseits und dem bei A eintretenden Rechtsverlust sowie allen sich hieraus ergebenden Weiterungen andererseits.

---

[25] In vielen Situationen des alltäglichen Lebens wird das Urteil, ein Geschehnis sei für ein anderes "kausal", rein intuitiv gefällt. Oftmals führt diese Art des Vorgehens auf einfachste Weise zu zutreffenden Ergebnissen. So braucht etwa der Richter, der über das Schadensersatzbegehren eines Unfallverletzten zu entscheiden hat, den Ablauf des Unfallgeschehens nicht mittels komplizierter und zeitraubender Denkoperationen in kleine Teilschritte zu zerlegen, um zu dem Resultat zu gelangen, das Verhalten des beklagten Fahrzeugführers sei für die beim Kläger eingetretenen Knochenbrüche etc. ursächlich. Jedenfalls gilt dies für häufig vorkommende, gleichsam "standardisierte" Tatkomplexe. Gefährlich wird das Übernehmen und unreflektierte Anwenden durch Erfahrung vorgeformter Denkmuster jedoch dann, wenn es - wie hier - um einen Konnex von Verhalten und Erfolg geht, der sich außerhalb des Bereiches mechanisch-physikalischer Einwirkungen abspielt.

[26] Sie lautet: Ursache eines Erfolges ist jede Bedingung, welche nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiele" (vgl. etwa: BGHSt 1, 332 (v. 28.9.1951) S.333). In der Literatur finden sich auch etwas abgewandelte Formulierungen, so beispielsweise die von Maurach (Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 5.Aufl., 1977, S.257f.):
"Ursache des Erfolges ist jede Bedingung, die (im 'hypothetischen Eliminierungsverfahren') nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß mit ihr zugleich auch der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiele."
(Zur Frage der Schreibweise: Conditio bzw. Condicio, vgl. die Nachweise bei Schulin, Kausalitätsbegriff, 1976, S.99 N.355.)

2. Die besondere Struktur solcher Normen, die die Vornahme von Rechtsgeschäften untersagen:

Die zuvor dargestellte, zumindest vordergründige, Vergleichbarkeit derartiger Vorschriften mit Verboten, mittels derer der Gesetzgeber von der Rechtsordnung mißbilligte reale Veränderungen eines für erhaltenswert erachteten Zustandes in der Seinswelt unterbinden will, ist möglicherweise das Resultat einer allzu undifferenzierten Vorstellung vom Wesen "naturwissenschaftlicher Kausalbeziehungen". - Bevor dieses Bedenken jedoch erörtert werden kann, ist vorab die bislang als Arbeitshypothese benutzte Annahme, Rechtsgeschäftsverbote seien Erfolgsdelikte, auf ihre Richtigkeit hin zu untersuchen.

a) Die Erfolgsbezogenheit von Rechtsgeschäftsverboten:

Für eine Erfolgsbezogenheit spricht zunächst die Existenz des § 266 StGB. Diese Vorschrift untersagt die Abgabe von Willenserklärungen, durch die ein Täter ungeachtet entgegenstehender interner Bindungen Rechtsfolgen[27] verfügender bzw. verpflichtender Natur zum vermögensmäßigen Nachteil[28] desjenigen herbeiführt, von dem bzw. in dessen Interesse er die mißbrauchte "Befugnis" eingeräumt erhalten hat. - So macht sich ein Prokurist des Vergehens nach § 266 StGB schuldig, wenn er den vom Inhaber des Unternehmens erteilten Weisungen zuwider einen für diesen ungünstigen Kaufvertrag abschließt. Das von der Dritten gegenüber nicht beschränkbaren Prokura

---

[27] Der Mißbrauchstatbestand des § 266 StGB ist nur dann verwirklicht, wenn der Täter von der ihm eingeräumten Befugnis - wenn auch unerlaubterweise, so doch - wirksam Gebrauch macht (Schönke/Schröder/Lenckner, StGB 20.Aufl., 1980, § 266, Anm.17).

[28] Der Begriff des "Nachteils" in § 266 StGB ist weitgehend identisch mit dem des "Vermögensschadens" in § 263 StGB (a.a.O., Anm.39).

(§ 50 HGB) umfaßte und daher grundsätzlich[29] gegen den Vertretenen wirkende Rechtsgeschäft des Täters bildet dabei das notwendige Bindeglied zwischen seiner tatbestandsmäßigen Handlung - mißbräuchliche Abgabe einer Willenserklärung im Namen des Prinzipals - und ihrem Erfolg-Herbeiführen eines Vermögensschadens.

Auch zwei weitere Straftatbestände sind - so jedenfalls die herrschende Auffassung - gegen unerwünschte rechtliche Veränderungen gerichtet, wenngleich sie sich auch durch Handlungen verwirklichen lassen, deren Resultate rein im gegenständlichen Bereich verbleiben:

Gemeint ist damit einmal die bereits[30] dargestellte Unterschlagung fremder Sachen, bei der sich der Zueignungswille des Täters in der Veräußerung an einen gutgläubigen Dritten manifestiert.

Zum anderen geht es um zwei spezielle Varianten des Betrugstatbestandes:

So soll die Unterschlagung durch Veräußern der fremden Sache gleichzeitig einen Betrug zum Nachteil des bisherigen

---

[29] Das treuwidrig vorgenommene Rechtsgeschäft bindet den Vertretenen zumindest dann nicht, wenn kollusives Zusammenwirken zwischen dem Dritten und dem Vertreter vorliegt. Es ist dann gem. § 138 BGB nichtig (vgl. etwa: Baumbach/Duden, HGB, 22.Aufl., 1977, § 50, Anm.A sowie Schlegelberger/Schröder, HGB, Bd.2, 5.Aufl., 1973, § 50, Anm.8). Umstritten ist hingegen die Behandlung derjenigen Fälle, in denen der bewußte Vollmachtsmißbrauch des Vertreters dem Dritten aus Fahrlässigkeit unbekannt bleibt. Hier wird die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes teils verneint, teils aber auch bejaht (vgl. einerseits - verneinend BGHZ 50, 112 (v.25.3.1968) S.114 m.w.N., andererseits - bejahend - Würdinger in Großkommentar HGB, 3.Aufl., 1967, § 50, Anm.1).

[30] Siehe oben S.47.

Eigentümers darstellen[31]. Dabei wird der Eigentumserwerb in der Person des Gutgläubigen als eine von diesem irrtumsbedingt vorgenommene Verfügung über die Position des bisherigen Rechtsinhabers gewertet.

Auf einer weitgehend ähnlichen Konstruktion beruht die durchweg angenommene Betrugsstrafbarkeit desjenigen, der durch Mißbrauch eines Legitimationspapieres - z.B. eines Sparbuches - vom Schuldner des im Papier verbrieften Anspruches die nicht ihm gebührende Leistung erschleicht[32]. Die zugunsten des Schuldners eintretende Liberationswirkung[33] wird dabei als dessen, vom Täter mittels Täuschung herbeigeführte, Verfügung über das Vermögen des Berechtigten angesehen[34].

Diese Beispiele von Verbotstatbeständen - sie werden uns im weiteren Verlauf der Untersuchung noch eingehender beschäftigen [35] - bilden ein gewichtiges Indiz dafür, daß gegen Rechtsgeschäfte gerichtete Normen stets erfolgsbezogen, nämlich auf die mit der unerwünschten Willenserklärung angestrebten rechtlichen Veränderungen hin ausgerichtet sind.

---

31 Grundlegend dazu ist das Urteil RGSt 64, 226 (v.27.5.1930), S.228. In dieser Entscheidung wurde - abweichend von einem Urteil desselben Senates aus dem Jahre 1914, RGSt 49, 16 (v.12.11.1914), S.19f. - der Erwerb eines Rechtes aufgrund von Gutglaubensvorschriften als Verfügung des Begünstigten über das Vermögen des von diesen Normen Benachteiligten angesehen.
(Auf diese Urteile ist an späterer Stelle noch ausführlich einzugehen, vgl. unten S.112ff.).

32 Schönke/Schröder/Cramer, StGB, 20.Aufl., 1980, § 263,Anm.67.

33 Sie tritt gem. § 808 Abs.1 S.1 BGB ein.

34 A.a.O. (N.32).
Interessanterweise scheint der BGH in einem Urteil v.5.3. 1968, NJW 1968, 1147, S.1148, sogar dann von einer Vermögensverfügung der Schuldner zu Lasten des Gläubigers auszugehen, wenn ihre Leistung an den Nichtberechtigten keine Erfüllungswirkung herbeiführt, wohl aber das Beitreiben der Forderung erschwert, weil sie sich - wenn auch zu Unrecht - auf eine Befreiung berufen.

35 Siehe unten S.71ff. und S.111ff.

Aber auch eine prinzipielle - vom Einzelfall absehende - Überlegung spricht für dieses Ergebnis:
Die Abgabe einer Willenserklärung unterscheidet sich von anderen menschlichen Verhaltensweisen doch nur darin, daß in ihr die Absicht zum Ausdruck kommt, mit den spezifischen Mitteln des Rechts Bindungen herbeizuführen, also auf eine besondere Weise sozial erhebliche Veränderungen zu bewirken. Trennt man den Erklärungsvorgang von diesen außerhalb seiner selbst liegenden, auf zukünftige Geschehnisse bezogenen Folgen, so bleibt nichts übrig, was es rechtfertigen würde, in dem Begriff des "rechtsgeschäftlichen Verbotes" mehr als eine sachlich belanglose Wortschöpfung zu sehen.

Die von einem Hehler ausgehende Offerte etwa wäre als "Handlungsdelikt" ohne jede Relevanz. Ein etwaiges Unwerturteil über sie könnte nur an Eigenschaften anknüpfen, die zu der Rechtsgeschäftlichkeit dieser Lebensäußerung in keinem wesensmäßigen Zusammenhang stehen. So wäre es allenfalls denkbar, das Angebot - richtet es sich an einen unbescholtenen Bürger - als Mißachtung seiner Ehre und damit als eine Beleidigung zu qualifizieren[36].

b) Die Bedeutung rechtsgeschäftlicher Verbote unter dem Blickwinkel der bei Erfolgsdelikten wesensmäßigen Kausalbeziehung von Tathandlung und Taterfolg:

Wird, wie zuvor dargestellt[37], bei Erfolgsdelikten als Minimalvoraussetzung eine Kausalbeziehung naturwissenschaftlicher Art verlangt, um einen bestimmten Taterfolg

---

[36] Das Urteil RGSt 31, 194 (v. 17.6.1898) beschäftigte sich mit einem vergleichbaren Fall: Dem Erbieten von Geschenken an einen Beamten für die Vornahme pflichtgemäßer Handlungen.

[37] Siehe oben S.42ff.

einer bestimmten Tathandlung überhaupt zuordnen zu können, so ist evident, daß sich rechtsgeschäftliche Verbote sub specie eines solchen Verständnisses vom Wesen erfolgsbezogener Verbotsnormen kaum oder gar nicht erfassen lassen.

Die Annahme, zwischen Willenserklärung und Rechtsfolge bestehe ein Ursachenzusammenhang mechanisch-physikalischer Art, scheidet sofort aus. Aber auch die am Beispiel der dolosen Veräußerung fremder Sachen[38] angedeutete Möglichkeit, einen der "psychischen Kausalität" vergleichbaren Nexus zu bejahen, ist, wie sich im Folgenden zeigen wird, sehr problematisch.

Ausgangspunkt für die Beantwortung der Frage, ob rechtliche Veränderungen "Erfolg" im deliktischen Sinne sein können, ist die heute in der Zivilrechtswissenschaft nicht mehr angezweifelte Erkenntnis, daß die Willenserklärung des Privaten nur dann und nur insoweit Bindungen zu bewirken vermag, als die Rechtsordnung sie anerkennt[39]. Aus dieser Einsicht wird wiederum der Schluß gezogen, daß jedwede kausale Betrachtungsweise ungeeignet sei, die Beziehung von Willenserklärung und Rechtsfolge zutreffend zu beschreiben[40]. So stellt sich jedenfalls der Stand der Meinungen dar, soweit es um die Analyse des Wesens der Willenserklärung an sich geht, der Sonderfall ihrer gesetzwidrigen Abgabe also außer Betracht bleibt[41].

Es liegt nahe, aus der so verstandenen Struktur der Rechtsgeschäfte zu folgern, daß es schlechthin sinnwidrig sei, die Abgabe von Willenserklärungen zu untersagen, da

---

38 Siehe oben S.47f.

39 Siehe oben S.32ff.

40 Siehe die Nachweise auf S.28.

41 Siehe dazu auch S.36 N.34.

ihr - dem Gesetzgeber zuweilen unerwünschter - Erfolg dem Adressaten des Verbotes ohnehin nicht zugerechnet werden könne, fehle es insoweit doch an einem Ursachenzusammenhang im natürlichen Sinne. Ein Blick in die Literatur zeigt jedoch, daß dieser Schluß keineswegs gezogen wird.

(1) Die Behandlung der Kausaliätsfrage bei rechtsgeschäftlichen Verboten in der Literatur:

Besonders intensiv hat sich Thon in seiner 1878 erschienenen Monographie "Rechtsnorm und subjektives Recht" mit der Frage des Verhältnisses von Rechtsgeschäft und Delikt auseinandergesetzt[42].

Seine Untersuchung geht dabei von der Grundanschauung aus, daß "das gesammte Recht einer Gemeinschaft ... nichts als ein Complex von Imperativen"[43] sei. In diesen Imperativen wiederum sieht Thon das Mittel, dessen sich die Rechtsordnung bedient, um von ihr erwünschte Veränderungen herbeizuführen und ihr mißbilligenswert erscheinende zu verhindern[44]. Dabei differenziert der Autor deutlich zwischen sozialschädlichen Vorgängen tatsächlicher Natur und solchen, die im rechtlichen Bereich angesiedelt sind[45]. Verbietender Rechtssätze bedarf es seiner Ansicht nach nur, soweit es um die Steuerung realer Lebensvorgänge zu tun sei. Das Ziel, die Vornahme bestimmter Rechtsgeschäfte zu unterbinden, kann der Gesetzgeber hingegen nach der Auffassung Thons auf einem wesentlich einfacheren Weg und erheblich wirkungsvoller erreichen[45]:

---

[42] Vgl. dort die S.11ff., 84ff., 350ff. und 366ff.

[43] A.a.O. S.8.

[44] A.a.O. S.11.

[45] A.a.O. S.12.

> "Wünscht die Rechtsordnung nun, daß unter gewissen weiteren[46] Voraussetzungen trotz Vornahme der Handlung, die mit dieser für gewöhnlich verknüpfte rechtliche Wirkung nicht eintreten soll, so braucht sie dieses nur auszusprechen. Der Eintritt rechtlicher Wirkungen ist dann eine Unmöglichkeit."

Soweit es in diesem Bereich überhaupt Verbote gibt, weist Thon ihnen lediglich die Bedeutung zu, diejenige Handlung, in der sich der rechtliche Gestaltungswille manifestiert, im Hinblick auf unerwünschte tatsächliche Auswirkungen zu unterbinden[47]:

> " Das 'Du sollst nicht' bezieht sich dann auf die physische Handlung, die ohne das 'Du kannst nicht' zugleich ein Rechtsgeschäft wäre."

Gleichwohl anerkennt der Verfasser die Existenz von Normen, die ein bestimmtes rechtliches Können zum Anknüpfungspunkt für einen Verbotsausspruch wählen[48]. Thon begründet diese - angesichts der von ihm zuvor angestellten theoretischen Überlegungen erstaunliche - Ansicht in folgender Weise:

Er sieht in der Möglichkeit des Privaten, Rechtspositionen zu begründen, sie inhaltlich zu verändern oder

---

46 Thon meint mit den "weiteren Voraussetzungen" solche Umstände, die - wie z.B. ein mit dem Rechtsgeschäft einhergehender Gesetzesverstoß - gegen die Anerkennung eines Aktes privatautonomer Gestaltung sprechen können, obgleich dessen positive Gültigkeitsvoraussetzungen (Geschäftsfähigkeit der Beteiligten etc.) erfüllt sind (vgl. die Ausführungen a.a.O. S.12).

47 A.a.O. S.12.

48 A.a.O. S.366ff.

auch zu übertragen, eine Macht (von ihm auch "Befugnis" genannt[49]), die von diesem ge-, aber auch mißbraucht werden könne[50]. "Das rechtliche Können" - so Thon - "ist ... unabhängig einerseits vom rechtlichen Nichtdürfen andererseits vom rechtlichen Sollen"[51].

Danach stellt die wirksame Verfügung eines Nichtberechtigten aufgrund von Gutglaubensvorschriften[52] eine gesetzwidrige Ausübung rechtlicher Macht dar[53]. (Gerade auf diesen Gesichtspunkt wird im weiteren Verlauf der Untersuchung noch ausführlicher einzugehen sein[54]). - Selbst das Begehen eines Diebstahls bedeutet für Thon die gleichzeitige Vornahme eines Rechtsgeschäftes, erwirbt der Täter doch auf diesem Wege eine von der Rechtsordnung mittels der Besitzregeln geschützte Position: die Sachherrschaft über das entwendete Gut[55].

Der Autor gelangt zu dem Schluß[56]:

> "Hiernach ist es möglich, daß durch Abschluß eines (gültigen) Rechtsgeschäfts ein Delict begangen wird; ja es ist sogar denkbar, daß ein Rechtsgeschäft ein constitutives Moment im Thatbestande eines Delictes bildet d.h. daß ein bestimmtes Delict nur durch Vornahme eines (gültigen) Rechtsgeschäfts begangen werden kann."

---

49 A.a.O. S.342f.

50 A.a.O. S.343 (unter Nr.8).

51 A.a.O. S.345 (unter Nr.8).

52 Thon befaßt sich (a.a.O., S.330) mit dem gutgläubigen Eigentumserwerb nach Art.306 ADHGB.

53 A.a.O. S.331f.

54 Siehe unten S.71ff., insbesondere S.77f.

55 A.a.O. S.368.

56 A.a.O. S.367/368.

Entgegen seiner zu Beginn der Untersuchung entwickelten Theorie über das Wesen und die Funktion rechtsgeschäftlicher Verbote zieht Thon also gleichwohl nicht in Zweifel, daß eine Handlung im Hinblick auf die mit ihr verknüpften rechtsgeschäftlichen Folgen untersagt sein könne und diese darüberhinaus trotz des Verbotsverstoßes einzutreten vermögen. Erwägungen, die diesen Widerspruch erklären oder gar auflösen würden, finden sich in seiner Monographie nicht.

Friedrich Endemann stellt im Gegensatz zu Thon in seiner Untersuchung "Über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetzte nach gemeinem Recht"[57] den Sinn rechtsgeschäftlicher Verbote nicht einmal prinzipiell in Frage. Jedoch vertritt Endemann noch die Auffassung, daß dem Willen des Privaten rechtsschaffende Kraft zukomme, er also nicht der Sanktionierung durch die Rechtsordnung bedürfe, um rechtliche Veränderungen hervorzubringen[58].

Interessanterweise finden sich aber auch bei ihm Überlegungen, die geradezu für die Annahme der Sinnwidrigkeit rechtsgeschäftlicher Verbote sprechen, wenngleich der Verfasser selbst aus ihnen einen derartigen Schluß nicht zieht[59]. So beschreibt Endemann das Verhältnis von Verbotsgesetz einerseits und zivilrechtlicher Nichtigkeitsanordnung andererseits mit folgenden Worten:[60]

---

[57] Die Monographie erschien 1887.

[58] A.a.O. S.72f.

[59] Eine derart widersprüchliche Tendenz ist, wie sich noch zeigen wird, bei einer Reihe von Autoren zu finden.

[60] Civilrechtliche Wirkung, 1887, S.82 (1.Zitat); a.a.O. S.83 (2.Zitat).

"Indem das Verbotsgesetz sich weiter erstreckt[61] und auch den rechtlich unwirksamen äußeren[62] Vorgang unterdrücken will, entwickelt es indessen aus seinem Begriffe keine weitere civilrechtliche Funktion. Von der bürgerlichen Rechtsordnung aus wird niemals eine andere Wirkung beabsichtigt als Anerkennung oder Nichtanerkennung, und eine stärkere civilrechtliche Waffe als Nichtigkeit steht auch dem Verbotsgesetz nicht zu Diensten."

"Zwei Funktionen wirken ergänzend in dem Civilverbote zusammen: nach außen die verbietende, gegen die Handlung selbst gerichtete, strafrechtliche Vorschrift, und nach innen die auf die materielle Bedeutung einwirkende civilrechtliche Vorschrift. ... Sie allein - nicht das Verbot - bestimmt, ob und inwieweit ein rechtswirksamer Erfolg erzielt ist oder versagt werden soll."

Eine ähnlich zwiespältige Einstellung zur Figur des rechtsgeschäftlichen Verbotes, wie sie bei Endemann zum Ausdruck kommt, ist auch bei Regelsberger anzutreffen. Einerseits folgt er Thon in der Auffassung, "daß dieselbe Handlung zugleich Thatbestandselement eines Rechtsgeschäfts und eines Delikts sein..." könne[63], ja er bejaht die

---

61 Endemann hatte sich zuvor (a.a.O. S.79ff.) mit der Funktion der Gebote im Zivilrecht beschäftigt, solcher Normen, die nach seiner Auffassung die Voraussetzungen eines jeden wirksamen Rechtsgeschäftes festlegen.

62 Hervorhebungen nicht im Original.

63 Pandekten, Bd.1, 1893, S.476 (unter Nr.VI).

Existenz von Delikten, "die nur durch Errichtung eines Rechtsgeschäfts"[63] zu verwirklichen seien. Andererseits wendet sich gerade Regelsberger in einem für das Verständnis rechtsgeschäftlicher Verbote wesentlichen Bereich - nämlich dem der wirksamen Verfügungen dolos handelnder Nichtberechtigter - explizit gegen die Vorstellung, dem Nichtberechtigten komme eine "Übertragungsmacht"[64] zu, von der er zu Lasten des bisherigen Rechtsinhabers Gebrauch mache[65]. Zwar folgert Regelsberger aus dieser Erkenntnis nicht, daß eine Antinomie von rechtlichem "Können" und rechtlichem "Dürfen" schlechthin ausgeschlossen sei[66]. Seine Argumente führen aber, wie noch zu zeigen sein wird [67], in der Sache gerade zu diesem Schluß.

In besonders prägnanter Weise hat v. Tuhr[68] herausgearbeitet, daß grundsätzlich kein Bedürfnis bestehe, unerwünschten rechtlichen Veränderungen mit dem Mittel des Verbots entgegenzutreten:[69] "... denn indem das Gesetz einem Rechtsgeschäft die rechtliche Wirkung versagt, hat es dies Rechtsgeschäft nicht verboten, sondern unmöglich gemacht, nicht das Dürfen des Rechtssubjekts beschränkt, sondern das Können". - Und an anderer Stelle[70] findet sich - das Wesen gesetzlicher Veräußerungsverbote betreffend - die Formulierung:

---

63 Siehe wie vor Seite 58.

64 Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, Jh. Jhb.47, 1904, 339, S.356 (unter § 8).

65 A.a.O. S.354ff., S.360ff.

66 Vgl. insbesondere seine Ausführungen a.a.O. S.365.

67 Siehe unten S.73ff.

68 Allgemeiner Teil, II 2, 1918, S.1f.

69 A.a.O. S.2..

70 A.a.O. S.9.

> "Es ist m.Er. ganz abwegig, in solchen Vorschriften ein Verbot der Veräußerung zu finden: denn die dem Gesetzgeber unerwünschte Wirkung einer Veräußerung ist schon durch die Unwirksamkeit gehindert, und gegen die äußere Vornahme der unwirksamen Veräußerung einzuschreiten hat der Gesetzgeber keine Veranlassung, sowenig er den Abschluß sonstiger ungültiger Rechtsgeschäfte verbietet."

Gleichwohl gelangt auch dieser Verfasser nicht zu dem Schluß, es sei stets in sich widersprüchlich, anzunehmen, eine Handlung sei im Hinblick auf die mit ihr angestrebten rechtlichen Wirkungen verboten. Jedoch gibt v. Tuhr ebenso wenig wie Thon oder Regelsberger eine Erklärung dafür, warum rechtsgeschäftlichen Verboten nicht schlechthin jeglicher Sinn abzusprechen sei.

Diese merkwürdig widersprüchliche Einstellung zum Sinn derartiger Verbotsnormen ist - bis in die Gegenwart hinein - noch oftmals anzutreffen. Der Hinweis auf folgende Autoren mag dies verdeutlichen.

So sieht etwa Jellinek einerseits die Quelle privatautonomer Gestaltungsfähigkeit in einem "der Bestimmbarkeit durch individuellen Willen entrückten Beschluß des Staates"[71] und folgert daraus:[72]

> "Hier (beim Streben nach rechtlichen Erfolgen; d.Verf.) hat die natürliche Freiheit eine Grenze. Denn alle Bestimmungen, welche die Gültigkeit von Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften betreffen, statuieren ein von der Rechtsordnung ausdrücklich verliehenes rechtliches Können[73].

---

[71] System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2.Aufl., 1919, S.47.

[72] A.a.O. S.47.

[73] Hervorhebung im Original.

> Dieses Können steht in scharfem Gegensatze zum Dürfen. Es wäre nicht richtig zu sagen, der Geschäftsunfähige dürfe keinen Vertrag schließen, er kann es vielmehr nicht, was immer er auch tue, es kommt kein Vertrag zustande."

Andererseits anerkennt er den Sinn rechtsgeschäftlicher Verbote:[74]

> "Können ist nicht nur ohne Dürfen möglich, sondern vermag sogar mit einem Nichtdürfen zusammen bestehen, wie die lex minus quam perfecta zeigt."

Die hier aufgezeigte Linie setzt sich schließlich bis in die neueste Lehrbuch- und Kommentar-Literatur fort. Immer wieder findet sich dort der Hinweis, daß zwischen dem Verbot eines Rechtsgeschäftes einerseits und der Begrenzung rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten andererseits zu unterscheiden sei.

So ist etwa bei Flume[75] nachzulesen:

> "Die Rechtsordnung 'verbietet' nicht die Rechtsgeschäfte, welche die der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmöglichkeit gesetzten Grenzen überschreiten. Sie läßt sie nur nicht gelten."

Ungeachtet dieses Ansatzes schließt der Autor aber die Existenz rechtsgeschäftlicher Verbote i.e.S. keineswegs aus:[76]

> "Die Vorschrift des § 134 handelt nur davon, daß das Rechtsgeschäft selbst, d.h. die rechtsgeschäftliche Regelung, 'gegen ein gesetzliches Verbot verstößt', d.h. 'unerlaubt' ist."

---

74 A.a.O. S.48.

75 Rechtsgeschäft, 3.Aufl., 1979, § 17, 2, S.343.

76 A.a.O. § 17, 3, S.344.

In ähnlicher Weise äußern sich auch Larenz[77] und Mayer-Maly[78] zu dem Verhältnis von Verbotsgesetzen und unmittelbar in die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten eingreifenden Normen.

Die Gesamttendenz der rechtswissenschaftlichen Literatur geht also - soweit die Figur rechtsgeschäftlicher Verbote überhaupt einer kritischen Analyse unterzogen wird - dahin, zwei grundsätzlich verschiedene Arten von Normen einander gegenüberzustellen: Diejenigen Vorschriften, die die rechtlichen Aktionsmöglichkeiten des Privaten unmittelbar begrenzen, einerseits, und solche Rechtssätze, die den Gebrauch von durch die Rechtsordnung prinzipiell anerkannten Gestaltungsformen in bestimmten Fällen untersagen, andererseits.

Die Frage nach dem Ursachenzusammenhang von verbotener Handlung - Abgabe der dem Gesetzgeber unerwünschten Willenserklärung - und verbotenem Erfolg - Eintritt der vom Täter erstrebten rechtlichen Folgen - wird, so jedenfalls der bisherige Eindruck, wenig oder gar nicht problematisiert.

(2) Der Gebrauch anerkannter Gestaltungsmöglichkeiten als eine Form erfolgsbezogenen deliktischen Handelns? Theoretische Vorüberlegungen zu einer Kritik an dieser Anschauung:

Die Gemeinsamkeiten oder aber vielleicht auch grundsätzlichen Unterschiede gesetzwidriger rein tatsächlicher Geschehensabläufe auf der einen Seite und der verbotenen Vornahme von Rechtsgeschäften, also der mißbilligten Abgabe von Willenserklärungen,auf der anderen Seite, lassen sich leich-

---

77 Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II S.376.

78 Münchener-Kommentar, BGB, 1978, § 134, Anm.5.

ter erfassen, abstrahiert man zunächst die den jeweiligen Tatbestand erfüllenden Lebensvorgänge vollkommen von dem Unwerturteil, das die Rechtsordnung durch das Aufstellen der betreffenden Verbotsnormen über sie fällt. Dieses Verfahren ist nicht nur aus denkökonomischen Gründen angezeigt. Es rechtfertigt sich auch aus dem Umstand, daß - wie die zuvor dargestellten Ansichten über die Natur rechtsgeschäftlicher Verbote zeigen - derartige Rechtssätze offenbar mit denjenigen Normen gleichgesetzt werden, die bestimmte Handlungen im Hinblick auf durch sie hervorrufbare Erfolge realer Art untersagen. Ein solches Gleichsetzen ist aber nur dann von der Sache her möglich und trägt die sich hierauf gründenden dogmatischen Folgerungen[79], wenn beide Normtypen im wesentlichen übereinstimmende Strukturen aufweisen.

Erste Voraussetzung hierfür ist:

In beiden Fällen muß ein vergleichbarer Interessenkonflikt den Anlaß für legislatorische Maßnahmen bilden. Bereits in diesem Punkt aber besteht ein fundamentaler Unterschied. Die auf reale Veränderungen in der Seinswelt gerichtete Handlung und der durch sie herbeigeführte, d.h. vom Täter im natürlichen Sinne verursachte, Erfolg bilden einen Geschehenskomplex, der als solcher noch keinerlei Bezug zu irgendeiner rechtlichen Ordnung aufweist. Er läßt sich als hypothetisches Ergebnis an jeden beliebigen Ort und in jede beliebige Zeit denken, soweit und solange nur gewisse naturgesetzliche Bedingungen erfüllt sind. Rechtliche oder auch nur vorrechtliche Gemeinschaftsstrukturen sind für den Tathergang vollkommen bedeutungslos, Paradigma: Kain erschlägt Abel.

---

[79] Wie sich noch zeigen wird, beruhen nämlich viele der im Bereich verbotener Rechtsgeschäfte auftretenden Schwierigkeiten auf einer oftmals unreflektierten Gleichsetzung von Willenserklärung und tatsächlicher Handlung. (Siehe dazu unten S.71ff.)

Vollkommen anders stellt sich jedoch die Situation bei dem Verbot eines Rechtsgeschäftes dar. Hier hat man es mit einem Zusammentreffen von natürlicher Handlung - Abgabe der Willenserklärung durch Sprechen, Schreiben oder Gebrauch eines ähnlichen Kommunikationsmittels - und rechtlicher Wirkung derselben - etwa Begründen eines Vertragsverhältnisses - zu tun. Gehört auch noch die Tathandlung dem Bereich zunächst einmal[80] rechtlich indifferenter Geschehnisse der Seinswelt an, so gilt dies für ihren "Erfolg" nicht mehr. Denn rechtliche Bindungen sind - welchen Stellenwert man auch der Rechtsordnung bei dem Vorgang ihres Entstehens zuweisen mag - niemals als das Produkt willkürlichen Handelns eines Individuums denkbar. Jedenfalls ist von dieser Prämisse für alle hochentwickelten modernen Staatswesen auszugehen.

Dieser Umstand aber verleiht dem zum Anknüpfungspunkt für einen Verbotsausspruch gewählten Lebensvorgang eine besondere Prägung. Der (fiktive) Gesetzgeber, der vor die Aufgabe gestellt ist, ihn wegen seiner Sozialschädlichkeit zu untersagen, ist nicht lediglich mit einem Phänomen konfrontiert, das - bisher im regelungsfreien Raum angesiedelt - nunmehr erstmalig zum Objekt legislatorischer Wertungen wird. Vielmehr bedeutet die Existenz mißbilligenswerten rechtsgeschäftlichen Handelns denknotwendig, daß die Rechtsordnung[81] hierüber bereits eine (Vor-) Entscheidung getroffen hat. So wäre beispielsweise das in § 266 StGB enthaltene Verbot des Miß-

---

80 Solange nämlich, wie sie nicht zum Gegenstand von Geboten, Verboten oder sonstigen rechtlichen Regelungen werden.

81 Dies braucht nicht unbedingt durch formelle Gesetze zu geschehen. Auch Gewohnheitsrecht, eine über lange Zeit gleichbleibende Rechtsprechung und allgemein anerkannte Lehren der Rechtswissenschaft können Träger einer derartigen (Vor-) Entscheidung sein.

brauchs rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht gegenstandslos, hätte sich nicht die Rechtsauffassung entwickelt, daß externes "handeln können" und internes "handeln dürfen" des Vertreters keineswegs kongruent zu sein brauchen[82].

Eine menschliche Handlung im Hinblick auf die mit ihr angestrebten rechtsgeschäftlichen Folgen zu untersagen, bedeutet also, daß der Schöpfer der betreffenden Verbotsnorm ein Unwerturteil über einen "Erfolg" fällt, der seinerseits ausschließliches Produkt einer bestimmten Wertentscheidung der Rechtsordnung ist. Verbot und Verbotsgegenstand lassen sich mithin - zumindest partiell - auf ein und denselben Urheber zurückführen. Eine solch merkwürdige Verstrickung des Rechts in eben die Geschehnisse, die es mit dem Verbotsausspruch zu unterbinden trachtet, provoziert bei unbefangener Betrachtungsweise nachgerade den Vorwurf, man habe es in Fällen dieser Art gleichsam mit einer Komplizenschaft von Gesetzgeber und Rechtsbrecher zu tun. Dieser Einwand wurde auch tatsächlich zu Anfang dieses Jahrhunderts in der Diskussion um den rechtspolitischen Wert oder Unwert der Möglichkeit gutgläubigen Eigentumserwerbes, wie sie das BGB einräumt, mehrfach geäußert[83]. Ob die Verfechter dieser Anschauung wirklich nur das Wesen spezifisch zivilrechtlicher Konfliktlösungen verkannt haben, wie ihnen Zeitgenossen - in zuweilen recht polemischer Form - vorhielten, wird an späterer Stelle[84] noch zu untersuchen sein.

---

82 Vgl. dazu etwa Flume, Rechtsgeschäft, 3.Aufl., 1979, § 45 II 2, S.785ff. m.w.N. und den grundlegenden Aufsatz von Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgem.Deutsch. Handelsgesetzbuch, ZHR 10, 1866, S.183-241.

83 Besonders engagiert hat sich Binding in seiner Schrift "Die Ungerechtigkeit des Eigentums-Erwerbs vom Nicht-Eigentümer in ihrer Ausgestaltung durch BGB § 932 und ihre Reduktion auf das kleinstmögliche Mass", 1908, mit dieser Problematik auseinandergesetzt.
Aber auch bei Regelsberger, Der sogenannte Erwerb vom Nicht berechtigten, Jh. Jhb.47, 1904, S.339ff., finden sich in eine solche Richtung weisende Bedenken (a.a.O. S.364f.).

84 Siehe unten S.71ff.

Unterscheiden sich also sozialschädliche Rechtsgeschäfte schon in diesem Punkte prinzipiell von den Geschehensabläufen, die üblicherweise den Gegenstand verbietender Rechtssätze bilden, so sieht sich der Gesetzgeber bei ihnen auch noch aus einem weiteren Grunde einer atypischen Situation gegenüber. Angesichts der besonderen Beziehung zwischen unerwünschter Tathandlung und mißbilligtem "Taterfolg" bieten sich nämlich Entscheidungsalternativen an, die sich gegenüber Mißständen realer Natur so nicht eröffnen.
Dort kann die Rechtsordnung nur zwischen zwei möglichen Reaktionen wählen: Entweder untersagt sie die für gefährlich erachtete Verhaltensweise oder toleriert den Vorgang, darauf vertrauend, daß andere - außerrechtliche - Faktoren als taugliches Regulativ eingreifen[85]. - Hier jedoch - im Bereich rechtsgeschäftlichen Handelns - stehen prima facie vier verschiedene Abwehrmittel zur Verfügung. Sie lassen sich mit der althergebrachten Einteilung der rechtsgeschäftlichen Verbote in "leges imperfectae", minus quam perfectae", "perfectae" und "plus quam perfectae"[86] kennzeichnen. Danach kann der Gesetzgeber also die Vornahme eines unerwünschten Rechtsgeschäftes entweder sanktionslos untersagen[87], sie unter Aner-

---

[85] Derartige Überlegungen werden etwa dann angestellt, wenn es um die Frage des Fortbestandes von Normen geht, die - zu denken sei an bestimmte sexualstrafrechtliche Tatbestände (Pornographieverbot) - in ihrer Effizienz sehr zweifelhaft sind.

[86] Der Begriff der "leges plus quam perfectae" läßt sich nicht auf Quellen des römischen Rechts zurückführen, sondern stellt ein Produkt der Pandektistik des frühen 19.Jahrhunderts dar (vgl. Endemann, Civilrechtliche Wirkung, 1887, S.22 m.w.N.). Kaser (Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht, 1977, S.10 N.4) bezeichnet ihn als ein "Phantasieprodukt".

[87] Vgl. zu der Frage, inwieweit eine wegen des Fehlens jedweder Sanktion "imperfekte" Norm gleichwohl den Charakter eines eindeutigen Verbotes haben kann: Schmiedel, Deliktsobligationen, 1974, S.40f.

kennung seiner zivilrechtlichen Wirksamkeit ahnden, die Nichtigkeit des betreffenden Geschäftes anordnen oder schließlich unter Einsatz beider Mittel hiergegen vorgehen.

Nun rührt natürlich diese Vielzahl denkbarer legislatorischer Maßnahmen gerade aus der so schwer faßlichen Doppelfunktion der Rechtsordnung als (verbots-) normschöpfendem Subjekt einerseits und "Miturheber" der zu lösenden Konfliktsituation andererseits her. Würde sie sich etwa entschließen, den internen Pflichtverstoß des Vertreters gleichzeitig als ein Überschreiten seiner Vollmacht zu werten, so bestünde evidentermaßen keine Notwendigkeit, den Mißbrauch solcher Rechtsmacht zu poenalisieren.

Der Gesetzgeber muß also, ehe er zum Erlaß eines Rechtsgeschäftsverbotes schreitet, entscheiden, ob er den seines Eingreifens bedürfenden Zustand nicht auf eine vollkommen andere Weise - nämlich mit Hilfe von Normen, die die rechtliche Gestaltungsfähigkeit des Privaten unmittelbar beschneiden - einer Lösung zuführt.

Nicht nur der zu bewertende Lebenssachverhalt selbst - die Vornahme des unerwünschten Rechtsgeschäftes -, sondern auch die Art und Weise der sich auf ihn beziehenden gesetzgeberischen Reaktionen sind von so eigenartiger Prägung, daß sich eine Parallele zu Erfolgsdelikten im üblichen Sinne nicht mehr ziehen läßt.

Nun ist dieses Ergebnis allerdings noch dem bisher nicht entkräfteten Einwand ausgesetzt, daß sich die "Conditio sine qua non Formel" auch hier anwenden lasse und unter Zugrundelegen der in ihr genannten Kriterien ein Ursachenzusammenhang zwischen der Tathandlung - der Abgabe der mißbilligten Willenserklärung - und dem Taterfolg - dem Zustandekommen des betreffenden Rechtsgeschäftes - bejaht werden müsse.

So wird man sicherlich sagen können, daß die Willenserklärung des ungetreuen Vertreters nicht hinwegzudenken sei, ohne daß der Erfolg - die vom Gesetz mißbilligte Bindung des Vertretenen - entfiele.
Dieses scheinbar zwingende Resultat beruht jedoch in Wahrheit darauf, daß man die "Conditio Formel" zur Beantwortung einer Frage heranzieht, zu der sie keinerlei Bezug hat. Denn sie besagt ja: "Ursache eines Erfolges ist jede Bedingung, welche nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiele".[88] Die Formel trifft also nur bezüglich solcher Ereignisse eine Aussage, die in ihrem Sinne als Bedingung bzw. Erfolg bezeichnet werden können. Es läßt sich aus ihr selbst aber nicht ableiten, wann dies der Fall sei. Hier bedarf es vielmehr einer Vorentscheidung, von welcher Art die Beziehung zweier Vorgänge sein müsse, um den einen als die Ursache des anderen anzusehen. Diese Entscheidung ist aber in Rechtsprechung wie Rechtswissenschaft dahin gefallen, nur bei naturgesetzlich beschreibbaren Geschehensabläufen - einschließlich solcher psychischer Natur - einen Ursachenzusammenhang für möglich zu halten[89]. Demgegenüber lehnt man es ab, die Beziehung von Tatbestand und Rechtsfolge der Kategorie der Kausalität unterzuordnen[90]. Dabei erfährt die Willenserklärung, jedenfalls solange sie im nichtdeliktischen Bereich angesiedelt ist, keine Ausnahmebehandlung.

Für die Willenserklärung deliktischer Natur muß dann aber dasselbe gelten, da die Eigenschaft eines Vorgangs, Ursache eines anderen sein zu können, keine rechtlichen Bezüge aufweist, und daher auch nicht von der Existenz oder dem Fehlen eines Unwerturteils beeinflußt zu werden vermag.

---

[88] Vgl. die oben auf S.48 in N.26 genannten Nachweise.

[89] Siehe dazu oben S.43ff.

[90] Siehe oben S.28.

Rechtsgeschäftliche Verbote nach der Art des § 266 StGB ("Mißbrauchstatbestand") weisen demnach eine ganz besondere Struktur auf. Die Zurechnung des "Taterfolges" - Herbeiführen einer rechtlichen Veränderung - zur Tathandlung und damit zur Person des Täters, der das Verbot durch die Abgabe einer Willenserklärung übertritt, läßt sich - im Gegensatz zu der bei Erfolgsdelikten im ursprünglichen Sinne - nicht auf einen in der Seinswelt vorgegebenen Konnex zurückführen. Die Schöpfer entsprechender Verbotsnormen finden also nicht einen Komplex von Handlung und Erfolg vor, den sie sodann rechtlich bewerten, sondern schaffen diesen erst einmal selbst.

3. Folgerungen aus der besonderen Struktur rechtsgeschäftlicher Verbote im eigentlichen Sinne für das Zusammentreffen von Rechtsgeschäft und Gesetzesverstoß im Allgemeinen, eine Arbeitshypothese:

Am Beispiel des Vertragsschlusses nach Ladenschluß[91] wurde bereits die Möglichkeit angedeutet, daß man es bei "verbotenen Rechtsgeschäften" in Wahrheit nicht selten mit einem Nebeneinander von gesetzwidrigem tatsächlichem Verhalten einerseits und unbedenklicher rechtsgeschäftlicher Betätigung andererseits zu tun habe. Dieser Gedanke soll unter Berücksichtigung der soeben dargestellten Besonderheiten rechtsgeschäftlicher Verbote im eigentlichen Sinne vertieft werden.

Im Falle des § 266 StGB ergibt sich aus dem Wortlaut der Norm eindeutig, daß das Herbeiführen bestimmter rechtlicher Folgen untersagt sei und dem Täter kraft normativer Entscheidung des Gesetzgebers ohne Vorhandensein eines Kausalzusammenhanges im natürlichen Sinne als deliktischer "Erfolg" zugerechnet werde. Nun gibt es aber oftmals Verbote, die - so

---

[91] Siehe oben S.38f.

jedenfalls eine weit verbreitete Auffassung - sowohl durch tatsächliche Handlungen als auch durch die Vornahme von Rechtsgeschäften verletzt werden können. Als Beispiel hierfür sei etwa die Unterschlagung zu nennen. Bei ihr soll die tatbestandsmäßige Manifestation des Zueignungswillens ebenso in einem (tatsächlichen) Vorenthalten der fremden Sache wie auch in einer rechtsgeschäftlichen Verfügung über dieselbe bestehen können[92]. Wenn diese Anschauung zutrifft, ob dies der Fall ist, bleibt noch zu untersuchen[93], hätte man es mit einer recht eigentümlichen Form von Normen zu tun. Sie würden nämlich ihrer sprachlichen Fassung nach nur eine einzige Verbotsanordnung enthalten, während in ihnen tatsächlich zwei vollkommen unterschiedliche Deliktstypen vereinigt wären:
Zum einen ein Tatbestand von der üblichen handlungs- bzw. erfolgsbezogenen Struktur, zum anderen aber ein rechtsgeschäftliches Verbot im eigentlichen Sinne, also ein Rechtssatz, der sich durch jene besonders geartete, weil rein normativ begründete, Wechselbezüglichkeit von Tathandlung und Taterfolg auszeichnet.

Im Folgenden gilt es herauszuarbeiten, ob wirklich Verbotsvorschriften mit dieser doppelten Zielsetzung existieren oder aber ihr - scheinbares - Vorhandensein nur das Resultat mangelnder Unterscheidung zwischen tatbestandsmäßigem Handeln gegenständlicher Natur und gleichzeitig erfolgender Vornahme eines gesetzlich gar nicht untersagten Rechtsgeschäftes ist.

Darüberhinaus soll aber auch untersucht werden, ob nicht zuweilen selbst bei solchen Normen, deren Tatbestand prima facie nur durch die Vornahme eines Rechtsgeschäftes verwirk-

---

92 Vgl. etwa Schönke/Schröder/Eser, StGB, 20.Aufl., 1980, § 246, Anm.11.

93 Siehe unten S.79ff.

licht werden kann, in Wahrheit tatsächliches, nicht aber rechtsgestaltendes Handeln den Anknüpfungspunkt für den Verbotsausspruch bildet.

Ziel dieser Analysen ist es, die so schwer faßbare Figur des verbotenen Rechtsgeschäftes nach Möglichkeit in ein transparenteres und damit einer präzisen zivilrechtlichen Qualifizierung leichter zugängliches Nebeneinander von gesetzwidrigem tatsächlichem Handeln einerseits und wertneutraler rechtsgeschäftlicher Betätigung andererseits aufzulösen.

§ 6 Der Begriff des "gegen ein Gesetz verstoßenden Rechtsgeschäftes", Sammelbezeichnung ohne materiellen Gehalt? Eine Analyse anhand von Beispielen als "verboten" qualifizierter Rechtsgeschäfte

I. Die gegen § 246 StGB verstoßende Veräußerung fremder Sachen an einen gutgläubigen Erwerber.

1. Die Bedeutung der Willenserklärung des Nichtberechtigten als Element des gutgläubigen Eigentumserwerbes:

Wesentlich für die Beantwortung der Frage, ob die wirksame Verfügung des Nichtberechtigten gegen ein rechtsgeschäftliches Verbot verstößt, wie allenthalben angenommen wird[1], ist zunächst einmal, welche sachenrechtliche Bedeu-

---

[1] Vgl. etwa:
Flume, Rechtsgeschäft, 3.Aufl., 1979, § 17, 3, S.345; Larenz, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II S.379 zu N.5; Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 134 Anm.34; Staudinger/Dilcher, BGB, 12.Aufl., 1979, § 134 Anm.20.

tung seiner Willenserklärung bei dieser Form der Eigentumsübertragung überhaupt zukommt. Denn es läßt sich hierbei sinnvollerweise nur dann von einem "verbotenen Rechtsgeschäft" sprechen, wenn sich die Veränderung der Rechtslage auf das Verhalten des Nichtberechtigten zurückführen läßt. Erst im Anschluß hieran kann entschieden werden, welchen Einfluß mit der Veräußerung einhergehendes straf- bzw. deliktsrechtlich relevantes Handeln auf deren Qualifizierbarkeit im Sinne des § 134 BGB auszuüben vermag[2].

Alle Versuche, das Institut des gutgläubigen Eigentumserwerbes rechtstheoretisch zu erklären, gründen sich im wesentlichen auf eine der nachstehend beschriebenen drei Konzeptionen.

Die Vertreter der Rechtsscheinstheorie[3] sehen den Grund für den Eigentumserwerb des gutgläubigen Dritten darin, daß das Gesetz sein Vertrauen in die beim Veräußerer vorgefundene, vom bisherigen Eigentümer in zurechenbarer Weise veranlaßte Besitzlage schütze.

Andere Autoren[4] heben auf den Gedanken der Risikoverteilung ab.

Ein dritter Erklärungsversuch geht dahin, dem Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes ausschlaggebende Bedeutung zuzumessen[5].

---

[2] Mit dieser Frage werden sich die Abschnitte 2 und 3 beschäftigen (siehe unten S.79ff. und 92ff.).

[3] Vgl. Herbert Meyer, Publizitätsprinzip, 1909, S.86; Westermann, Sachenrecht, 5.Aufl., 1966, § 45 III 2, S.223.

[4] Vgl. Brandt, Eigentumserwerb, 1940, S.261ff.

[5] Vgl. Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930, § 58 S.246ff.; Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10.Bearb. 1957, § 68 II 1, S.249; Zweigert, Zum gutgläubigen Mobiliarerwerb, RabelsZ 23, 1958, 1, S.14ff.

Für die vorliegende Untersuchung besonders interessant ist die zuerst genannte Konzeption des durch den Veranlassungsgedanken modifizierten Rechtsscheinsprinzipes. Sie nämlich weist der Willenserklärung des Nichtberechtigten eine erhebliche Bedeutung zu, leiten doch ihre Verfechter aus der Besitzlage des Nichtberechtigten und dem guten Glauben des Erwerbers eine Legitimation her, die jenen befähigen soll, das Eigentum des bisherigen Rechtsinhabers auf den Dritten zu übertragen. Daraus wird weiterhin gefolgert, daß der in den §§ 932ff. BGB geregelte Eigentumserwerb abgeleiteter und nicht originärer Natur sei[6].

Sollte der Nichtberechtigte tatsächlich eine Rechtsmacht besitzen, deren er sich bei dem Abschluß des Verfügungsgeschäftes mit dem gutgläubigen Erwerber bedient, so wären der Rechtserwerb auf Seiten des Vertragspartners ebenso wie der Rechtsverlust auf Seiten des wahren Eigentümers als ein vom Veräußerer herbeigeführter Erfolg zu werten. Somit läge auch ein auf diesen Erfolg bezogenes Handeln vor, das den Anknüpfungspunkt für ein rechtsgeschäftliches Verbot bilden könnte.

Die für den Aspekt des verbotenen Rechtsgeschäftes entscheidenden Wesenszüge der Rechtsscheinstheorie kommen besonders deutlich im Spiegel der Kritik zum Ausdruck, die immer wieder gegen den Legitimationsgedanken als den tragenden Grund des Instituts gutgläubigen Eigentumserwerbes geltend gemacht wurde. Denn die in ihrem Rahmen vorgebrachten Argumente lassen erkennen, daß die Rechtsscheinstheorie die

---

[6] Vgl. etwa Westermann, a.a.O. (N.3). Teilweise nehmen allerdings auch Vertreter der Legitimationstheorie an, daß ein originärer Rechts-Erwerb stattfinde, während umgekehrt manche Kritiker des Legitimationsgedankens einen derivativen Erwerb des Gutgläubigen bejahen (vgl. Regelsberger, Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, JhJ.47, 1904, 339, S.368ff.).

Person des Nichtberechtigten lediglich in rechtstheoretisch-konstruktiver Beziehung aus dem Kreis der übrigen an der Eigentumsübertragung Beteiligten bzw. der von ihr Betroffenen heraushebt, ohne damit begründen zu können, weshalb der "Mittler" zwischen dem bisherigen Eigentümer und dem Erwerber den Übergang der Rechtsinhaberschaft kraft seiner autonomen Willensentscheidung herbeizuführen vermöge.

So vertraten - zu Beginn unseres Jahrhunderts - etwa Romeick[7] und Regelsberger[8] die Auffassung, daß die von einer Verfügungsbefugnis des Nichtberechtigten ausgehende Rechtsscheinstheorie abzulehnen sei, weil sie auf einem unsittlichen Prinzip basiere. Für Romeick bedeutete das Verfügungsgeschäft des Nichtberechtigten stattdessen ein "nacktes Faktum"[9], "an das das Gesetz lediglich Folgen knüpft"[10]. Regelsberger[11] hielt den Legitimationsgedanken als Mittel zur Erklärung des gutgläubigen Eigentumserwerbes nicht nur für "sittlich anstößig", sondern auch für "entbehrlich" und "unhaltbar". Er begründete die Entbehrlichkeit solchen Vorgehens mit der Erwägung, daß es das positive Recht sei, welches - unter Ausschaltung der Verfügungsmacht des Veräußerers den Eigentumsübergang immer dann anordne, wenn ein schutzwürdiges Vertrauen in der Person des Erwerbers vorliege[12]. Die logische Überzeugungskraft des Legitimationsgedankens zog Regelsberger mit dem Hinweis darauf in Zweifel, daß ja die angebliche Rechtsmacht des besitzenden Veräußerers gegenüber einem nichtgutgläubigen Erwerber versagen müsse[13].

---

7 Zur Technik des BGB, Heft III, Rechtsnachfolge, S.10f. (zitiert nach Hübner, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, 1955, S.50 N.58).

8 Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, JhJ.47, 1904, 339, S.361ff.

9 A.a.O. (N.7).

10 Hübner, Der Rechtsverlust, 1955, S.50 N.58.

11 A.a.O. (N.8).

12 Der sogenannte Rechterwerb, JhJ.47, 1904, 339, S.361.

13 A.a.O. S.363.

Sehr bildhaft kommt dies in seiner Formulierung zum Ausdruck: "Kann man noch von einer Rechtsmacht sprechen, wenn sie vor dem schlechten Glauben einer anderen Person zerfließt wie die Butter an der Sonne?"[14] Die Unsittlichkeit der Lehre von der Legitimation des Nichtberechtigten sieht Regelsberger sodann darin, daß das Rechtsgefühl durch die Annahme verletzt werde, das Gesetz mißachte durch den von ihm angeordneten Rechtsübergang zu Gunsten des Verfügenden den Willen des Eigentümers, der die Sache diesem zur Miete, zur Leihe oder zu einem ähnlichen Zwecke überlassen habe, ohne damit gleichzeitig eine Veräußerungsbefugnis einräumen zu wollen[15]. Diese Ausführungen münden schließlich in ein für die hier zu untersuchende Frage, ob die Verfügung eines Nichtberechtigten als gesetzwidriges Rechtsgeschäft zu werten sei, wichtiges Resümee:[16]

> "... die Machtvollkommenheit des Besitzers zur Veräußerung der Sache (beruht) nur auf einer vorgefaßten Meinung; sie läßt sich streichen, ohne daß eine Lücke empfunden wird."

Hieran zeigt sich nämlich, in welch weitgehendem Maße das Gewicht der Rolle des verfügenden Nichteigentümers von der jeweiligen rechtstheoretischen Beurteilung der Gutglaubensvorschriften abhängt. Damit verflüchtigt sich aber seine als verbotswidrig bezeichnete Mitwirkung bei dem Veräußerungsgeschäft (auch Regelsberger beispielsweise qualifiziert dieses Verhalten so[17]) zu einem abstrakten Bezugspunkt rechtspolitischer Wertungen, hinsichtlich dessen jede Vergleich-

---

[14] A.a.O. S.363.

[15] A.a.O. S.364.

[16] A.a.O. S.366.

[17] Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, JhJ.47, 1904, 339, S.365.

barkeit mit natürlichem erfolgsbezogenem Handeln ausgeschlossen ist. Es scheint also - nimmt man etwa die Ausführungen Regelsbergers - wenig dafür zu sprechen, daß in dem Beitrag des nichtberechtigt Verfügenden zu dem Eigentumswechsel ein möglicherweise mit gesetzlichen Verboten kollidierender Akt der Rechtsgestaltung enthalten sei.

Wirft man einen Blick auf die Ergebnisse moderner Untersuchungen des Wesens gutgläubigen Eigentumserwerbes, so verstärkt sich dieser Eindruck nur noch.

So abstrahiert Hübner etwa bei der Beurteilung des Rechtsinstitutes von der Person des veräußernden Nichtberechtigten[18] Dessen Verhalten läßt er vollkommen in den Hintergrund treten. Als Bezugspersonen des zu bewertenden Interessengegensatzes kommen nur noch der bisherige Eigentümer einerseits und der gutgläubige Erwerber andererseits in Betracht. Eine Berücksichtigung des verfügenden Nichteigentümers wird mit der Erwägung ausgeschlossen, daß aus dessen Verhalten "den Erwerberinteressen ein schwerwiegender Einwand"[19] erwachse. Die Rechtsordnung begebe sich - so Hübner[20] - in eine "zwiespältige Situation", knüpfe sie an die von jenem geschaffene "Sachlage"[21] Rechtsfolgen. Zwar vertritt auch dieser Autor die Ansicht, daß sich die "Eigentumsübertragung" nach den Gutglaubensvorschriften bezogen auf den Veräußernden als

---

[18] Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, 1955, S.76ff., insbesondere S.78.

[19] A.a.O. S.77.

[20] A.a.O. S.77.

[21] A.a.O. S.77 (Hervorhebung nicht im Original). Der Begriff "Sachlage" deutet schon auf den wesentlichen Kern des Problemes hin: Der Nichtberechtigte schafft durch sein Verhalten bestimmte tatsächliche Veränderungen, nicht aber solche rechtlicher Natur.

gesetzwidriges, in der Mehrzahl der Fälle sogar gem. § 246 StGB strafbares Rechtsgeschäft darstelle[22]. Jedoch verträgt sich dies kaum mit der in demselben Zusammenhang[23] noch einmal bekräftigten Grundthese Hübners, daß eine Lösung des Zuordnungsproblems beim gutgläubigen Eigentumserwerb nur auf die Verhaltensweisen des bisherigen Eigentümers auf der einen Seite und des Erwerbers auf der anderen Seite abstellen dürfe, der Nichtberechtigte aber ungeachtet der strafrechtlichen Relevanz seines Tuns in einer "untergeordneten Rolle"[23] belassen werden müsse.

Eine sub specie des § 134 BGB ähnliche Grundkonzeption wie die Hübners findet sich auch bei denjenigen, die im Verkehrsschutzgedanken das tragende Element des gutgläubigen Eigentumserwerbes erblicken[24]. Zwar leiten sie die innere Berechtigung dieses Institutes nicht aus einem Vorrang der Position des Erwerbers gegenüber der des bisherigen Eigentümers her. Stattdessen erscheint ihnen der Eingriff in die bestehende Vermögenslage um eines "höherwertigen Allgemeininteresses willen"[25] hinnehmbar[26]. Die Gemeinsamkeit beider Deutungsversuche besteht jedoch darin, der Handlung des Nichtberechtigten keine entscheidungserhebliche Bedeutung zuzumessen. Besonders sinnfällig kommt diese Anschauung darin zum Ausdruck,

---

22 A.a.O. (N.18) S.79.

23 Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, 1955, S.78.

24 Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930, § 58, S.246ff.; Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10.Bearb. 1957, § 68 II 1, S.249; Zweigert, Zum gutgläubigen Mobiliarerwerb, RabelsZ 23, 1958, 1, S.14ff.

25 Zweigert, a.a.O. S.15 .

26 Dies kommt besonders deutlich bei Wolff/Raiser, a.a.O. (N.24 zum Ausdruck.

daß sowohl Hübner[27] als auch Vertreter des Verkehrsschutzgedankens[28] die Frage für erörterungswürdig halten, ob der Gesetzgeber über die Regelung der §§ 932ff. BGB enteignend auf das Vermögen des betroffenen Rechtsinhabers einwirke. Daß ein derartiger Gedanke in die Diskussion eingebracht wird, zeigt, - unabhängig davon, wie man das Problem zu lösen versucht[29] -, wer als Urheber des Eigentumsüberganges anzusehen ist: Nämlich der eine bestimmte Interessenwertung treffende Gesetzgeber, die "Rechtsordnung" also, und nicht der anläßlich des von ihm vorgenommenen Verfügungsgeschäftes mit Verbotsnormen in Konflikt geratene Nichtberechtigte. Sein Verhalten erfüllt lediglich - zusammen mit dem dazu korrespondierenden des gutgläubigen Erwerbers - den sachenrechtlichen Tatbestand, von dessen Vorliegen das Gesetz den Wechsel in der Zuordnung des betreffenden Gegenstandes abhängig macht. Danach geht also von dem verfügenden Nichtberechtigten kein ihm zuzurechnender, der Rechtsordnung zwar unerwünschter, jedoch von ihr nicht eo ipso zu verhindernder, Angriff gegen den wahren Eigentümer aus.

---

[27] A.a.O. (N.23) S.13 N.7.

[28] Zweigert, a.a.O. (N.24) S.15.

[29] Zweigert, a.a.O., nennt die von Hübner aufgeworfene Frage "etwas verwegen" und verneint - abweichend von diesem - eine entschädigungspflichtige Enteignung, weil das Gesetz alle Eigentümer gleichbehandle und daher nur eine Sozialbindung des Eigentums vorliege. Allerdings ließe sich - ohne diesem Problem hier im einzelnen nachgehen zu können - einwenden, daß man es mit einer sehr weitgehenden Form der Sozialbindung (vollständiger Verlust der Rechtsposition) zu tun hätte, die sich darüberhinaus unmittelbar zu Gunsten eines einzelnen Privaten auswirkt.

2. Die Bedeutung der Willenserklärung des Nichtberechtigten als strafrechtlich relevantes Handeln im Sinne des § 246 StGB:

Ungeachtet dieser spezifisch sachenrechtlichen Qualifizierung sind sich jedoch alle mit der Materie befaßten Zivilrechtler (allerdings ohne tiefergehende Reflektion des Problems[30]) darüber einig, daß die Vornahme des Verfügungsgeschäftes auf Seiten des Nichteigentümers eine gesetzwidrige Handlung darstelle[31].

Die Behandlung, die der Vorgang gutgläubigen Eigentumserwerbes vom Nichtberechtigten in der Strafrechts-Judikatur wie Strafrechts-Lehre erfährt, bestätigt prima facie diese Auffassung[32]. So wird die Abgabe entsprechender Willenserklärungen dort - sofern sie im Bewußtsein fehlender Eigentümerstellung erfolgt - als eine mögliche Form der Manifestation des Zueig-

---

30 Einzig Hübner, Der Rechtsverlust, 1955, S.78f., befaßt sich bei seiner Analyse des gutgläubigen Eigentumserwerbes näher mit dem Problem des Verhältnisses der §§ 932ff. BGB einerseits und § 134 BGB andererseits. Jedoch stellt auch er nicht prinzipiell in Frage, daß in der Verfügung des Nichtberechtigten ein verbotenes Rechtsgeschäft zu sehen sei.

31 Vgl. außer den auf S.72-74 genannten Autoren noch: Meister, Fahrnisverfolgung und Unterschlagung im deutschen Recht, in: Festschrift für Adolf Wach, Bd.III, 1913, 403, S.412; Neubecker, Erwerb vom Nichteigentümer, GA 55, 1908, 145, S.146.

32 Aus der Rechtsprechung sind beispielsweise zu nennen die Urteile:
RGSt 73, 253 (v.10.7.1939), S.254 und BGHSt 1, 262 (v.19.6. 1951), S.264.

Aus der Literatur vgl. etwa:
Heimann-Trosien, Leipziger Kommentar (LK), 9.Aufl., 1974, § 246, Anm.24 m.w.N.; Maurach/Schröder, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, 6.Aufl., 1977, § 35 II 2 c cc, S.319; Schönke/Schröder/Eser, StGB, 20.Aufl., 1980, § 246, Anm.11 und 13ff.

nungswillens im Sinne des § 246 StGB gewertet. Ob jene Strafnorm wirklich - auch[33] - den Charakter eines Rechtsgeschäftsverbotes trägt, soll im Folgenden anhand eines Vergleiches dieser besonderen Begehungsweise mit solchen Tatmodalitäten, die sich auf ein faktisches Zueignen fremden Gutes beschränken, herausgearbeitet werden.

Von zentraler Bedeutung für die vorliegende Frage ist der sachliche Gehalt des "Zueignungsbegriffes", wobei besondere Aufmerksamkeit auf die von ihm umfaßte "Enteignungskomponente"[34] zu richten ist.

Das "sich zueignen" einer fremden Sache bedeutet - sowohl bei der Unterschlagung als auch beim Diebstahl[35] -, daß sie der Täter "unter dauerndem Ausschluß[36] des Berechtigten in irgendeiner Form[36] dem eigenen Vermögen"[37] einverleibt.

Gegenstand der Zueignung, also Objekt des gegen das fremde Eigentum vorgetragenen Angriffes, ist eine Sache. Sie bildet die - zuweilen verbotswidriger Einflußnahme ausgesetzte - "Verkörperung"[38] dieser Rechtsposition. Für das Wesen des

---

33 Sie müßte dann ja, wie oben S.70 dargestellt, jenen spezifischen Doppelcharakter von Untersagenstatbestand üblicher Prägung und rechtsgeschäftlichem Verbot im eigentlichen Sinne aufweisen.

34 Vgl. dazu etwa Schönke/Schröder/Eser, StGB, 20.Aufl., 1980, § 246, Anm.11 sowie § 242, Anm.16.

35 Vgl. etwa Mayer, Die Untreue, 1926, S.107, zur Einheitlichkeit des Zueignungsbegriffes bei Diebstahl und Unterschlagung.

36 Hervorhebung nicht im Original.

37 Maurach/Schröder, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, 6.Aufl., 1977, § 35 II 2 c cc, S.319.

38 A.a.O., § 34 II A, S.275, § 35 II 2 a, S.315.

Unterschlagungstatbestandes folgt daraus, daß er stets die Verletzung eben dieser gegenständlichen Erscheinungsform des Eigentums verlangt, nicht jedoch durch die Einwirkung auf ein Recht schlechthin verwirklicht werden kann: Es gibt nur eine Unterschlagung an Sachen, nicht aber eine solche an Rechten[39]. So gesehen erscheint es aber zweifelhaft, die Verfügung des Nichtberechtigten als eine Straftat im Sinne des § 246 StGB zu qualifizieren. Denn das Eigentum selbst ist ebenso rein geistiger Natur wie jedes andere Recht, also etwa der Zahlungsanspruch gegenüber einem Schuldner. Seine Eigenart besteht lediglich darin, daß es eben die Zuordnung einer Sache zu einer Person regelt und die aus ihm entspringenden, dem Schutz des Eigentümers dienenden Normbefehle grundsätzlich[40] Beeinträchtigungen physikalischer Natur betreffen.

Bedenken in dieser Richtung ergeben sich aber auch noch unter einem weiteren Aspekt: Von einer Zueignung im Sinne des § 246 StGB kann, wie die oben[41] wiedergegebene Definition dieses Begriffes zeigt, nur dann gesprochen werden, wenn der Täter den Willen besitzt, den Berechtigten endgültig von der Sache auszuschließen. Nun bedeutet aber der Verlust des Eigentums selbst nicht eine Trennung der Sache von der Person, der sie kraft Gesetzes zur ausschließlichen Verfügung (§ 903 BGB) zugewiesen hat. Vielmehr kommt es - als Folge des vom veräußernden Nichteigentümer vorgenommenen Rechtsgeschäftes - zu einer neuen Zuordnung. Das Spannungsverhältnis, zu dem das

---

[39] A.a.O., § 35 II 2 a, S.315.

[40] Es gibt allerdings Grenzbereiche, in denen die das Eigentum schützenden Gesetzesbefehle möglicherweise nicht mehr lediglich gegenständliche Angriffe auf die Substanz einer Sache bzw. die Herrschaft über sie abwehren sollen; zu denken sei etwa an die teilweise in der Literatur vorgeschlagene Behandlung der "ideellen Immissionen" im Nachbarrecht (vgl. dazu: Baur, Sachenrecht, 10.Aufl., 1978, § 25 IV 2 b cc, S.225 sowie N.1 daselbst).

[41] Siehe oben S.80.

Auseinanderklaffen von rechtlich anerkannter und wirklich ausgeübter Herrschaftsmacht führt, endet bei Sachverhaltsgestaltungen der vorliegenden Art in dem Augenblick, in dem der gutgläubige Dritte das Eigentum an der Sache erlangt. Seine Beziehung zu der Sache ist von jedermann, den Nichtberechtigten und den bisherigen Eigentümer eingeschlossen, zukünftig zu respektieren. - Es läßt sich angesichts solcher Überlegungen in Frage stellen, ob der dolos, jedoch wirksam verfügende Nichtberechtigte[42] tatsächlich die Sache dem bisherigen Eigentümer im Sinne des § 246 StGB auf Dauer vorzuenthalten gedenkt. Denn es tritt mit dem Eigentumswechsel ein Zustand ein, der unabhängig vom Willen des Täters fortdauert und durch diesen - selbst entsprechende Bereitschaft unterstellt - nicht einmal mehr zu Gunsten des betroffenen Rechtsinhabers wieder beseitigt werden kann. Gerade ein derartiges Verhalten aber ist im Falle der Unterschlagung durch faktisches Vorenthalten der Sache möglich und wird vom Täter geschuldet, wenngleich dies die einmal eingetretene Strafbarkeit unberührt läßt.

Ungeachtet der soeben beschriebenen dogmatischen Widersprüchlichkeiten scheint die Veräußerung durch einen Nichtberechtigten jedoch ganz selbstverständlich als eine mögliche Form der Unterschlagung zu gelten. Es wird ihr darüberhinaus sogar ein besonderes Gewicht beigemessen, was etwa in der Formulierung seinen Ausdruck findet, daß § 246 StGB zwar keinen Eigentumsverlust verlange, ein solcher aber zur Tatbestandsverwirklichung stets ausreiche[43].

---

42 Binding, der sich in seiner Schrift "Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer ...", 1908, sehr engagiert gegen das Institut des Eigentumserwerbes vom Nichtberechtigten gewandt hat, schlug dort (a.a.O. S.27f.) de lege ferenda vor, dolose Verfügungen eines Nichtberechtigten unwirksam sein zu lassen.

43 Vgl. Schönke/Schröder/Eser, StGB 20.Aufl., 1980, § 246, Anm.11.

Eine nähere Untersuchung der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur eröffnet nun aber Gesichtspunkte, die die Vermutung bestätigen, die Willenserklärung des verfügenden Nichteigentümers sei auch in strafrechtlicher Hinsicht wertneutral, bilde also nicht den Gegenstand eines gesetzlichen Verbotes.

Zunächst einmal deuten allerdings folgende Beobachtungen darauf hin, daß § 246 StGB entgegen der soeben geäußerten These nicht nur unmittelbar auf die Sache bezogene Einwirkungen untersage, sondern auch der Abwehr unerwünschter rechtlicher Veränderungen diene:

So ist anerkannt[44], daß die Zueignung einer fremden Sache unter gewissen Umständen auch dann noch stattfinden könne, wenn sie sich nicht mehr im Gewahrsam des Täters befinde, von ihm ausgehende unmittelbare Einwirkungen auf dieselbe also ausgeschlossen seien. Als Beispiel für diese Begehungsweise ist die Veräußerung einer bereits im Besitz des Erwerbers befindlichen Sache "brevi manu" (§§ 929 S.2, 932 Abs.1 S.2 BGB) zu nennen.

Weiterhin könnte in der zum Zueignungsbegriff entwickelten "Sachwerttheorie"[45] ein Hinweis darauf enthalten sein, daß sich das Delikt der Unterschlagung nicht ausschließlich auf Eingriffe physischer Natur beschränke, sondern darüberhinaus auch solche rechtlicher Art erfasse.

---

[44] Vgl. Maurach/Schröder, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, 6.Aufl., 1977, § 35 II 2 c bb bbb, S.319.

[45] Vgl. dazu etwa:
Heimann-Trosien, Leipziger Kommentar (LK) 9.Aufl., 1974, § 242, Anm.38ff.; Maurach/Schröder, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, 6.Aufl., 1977, § 34 III C 1 c, S.288ff.; Schönke/Schröder/Eser, StGB, 20.Aufl., 1980, § 242, Anm. 46ff. jeweils mit zahlreichen Nachweisen auf Rechtsprechung und Literatur zu diesem Fragenkreis.

Der letzte und schwerwiegendste Einwand gegen die hier vertretene Auffassung könnte sich daraus ergeben, daß zuweilen der spezifisch zivilrechtliche Charakter der von einem Nichtberechtigten vorgenommenen Verfügung dafür den Ausschlag gibt, ob eine straflose Gebrauchsanmaßung hinsichtlich fremder Sache oder aber ihre Unterschlagung anzunehmen sei. Angesprochen ist hiermit das Problem der Verpfändung fremden Gutes einerseits und der Sicherungsübereignung desselben andererseits. Sieht man auch das Verpfänden dann nicht als ein Verhalten im Sinne des § 246 StGB an, wenn der Täter bei Hingabe des Pfandes bereit und imstande ist, es wieder einzulösen[46], sollen diese Umstände die strafrechtliche Qualifikation einer Sicherungsübereignung unberührt lassen[47]. Der Grund für diese unterschiedliche Beurteilung von Verpfändung und Sicherungsübereignung wird darin gefunden, daß die für § 246 StGB spezifische Vermögensverschiebung stärker und nachhaltiger sei, wenn der Täter dem bisherigen Rechtsinhaber nicht nur den wirtschaftlichen Wert der Sache entziehe, wie dies bei ihrem Verpfänden der Fall sei, sondern ihn auch das Eigentum daran verlieren lasse[48].

Die bei der Veräußerung "brevi manu" gelockerte Beziehung des Täters zu dem unterschlagenen Gut bildet jedoch nur scheinbar ein Indiz dafür, daß § 246 StGB nicht ausschließlich unmittelbar sachbezogene Eingriffe unter Strafe stelle. Eine so weitgehende Anwendung dieser Norm trägt lediglich dem Umstand Rechnung, daß sich das vorliegende Verhalten nach Art und

---

46 So beispielsweise BGHSt 12, 299 (v. 13.11.1958) S.302; siehe dazu auch Baumann, Der strafrechtliche Schutz bei Sicherungsrechten des modernen Wirtschaftsverkehrs, 1956, S.51ff. mit z.N.

47 So ausdrücklich RGSt 61, 65 (v. 20.12.1926), S.66; Baumann a.a.O. S.48ff. m.w.N.

48 Baumann a.a.O. S.48.

Intensität des Angriffes nicht von jenen Begehungsweisen unterscheidet, bei denen der Täter seinen Zueignungswillen offenbart, indem er die in seinem unmittelbaren Besitz (Gewahrsam) befindliche fremde Sache unter Mißachtung der Rechte ihres Eigentümers endgültig einem Dritten überläßt.

In Fällen der vorliegenden Art besitzt der Nichtberechtigte nämlich im Zeitpunkt der Tat gesetzlich abgesicherte und auch faktisch durchsetzbare Möglichkeiten, die fremde Sache von dem zukünftigen Erwerber für sich und damit für den Eigentümer zurückzuerlangen, hat er doch gegenüber jenem einen Herausgabeanspruch[49], der entweder freiwillig erfüllt oder zwangsweise realisiert werden kann. Seine Zueignungshandlung besteht nun darin, daß der Täter zum Nachteil des Eigentümers und zum Vorteil des Erwerbers auf diese faktisch bedeutsame Position verzichtet. Ein solches Verhalten unterscheidet sich nur graduell, nicht jedoch prinzipiell von Zueignungshandlungen eines unmittelbar besitzenden Nichtberechtigten. Insbesondere ist es unerheblich, in welchem Rahmen dieser Verzicht erfolgt. Das kann zwar anläßlich einer "brevi manu" vorgenommenen Veräußerung geschehen, braucht es aber keineswegs. Selbst diese besondere Modalität des Unterschlagungstatbestandes weist also keinen wesensmäßigen Bezug zu Rechtsgeschäften des Täters auf. Vielmehr wird auch hier seine - wenngleich weniger unmittelbare, so doch noch immer real vorhandene - Beziehung zu der fremden Sache für die faktische Enteignung des Berechtigten nutzbar gemacht. Ein einfaches Beispiel soll diesen Gedankengang verdeutlichen:

A überläßt seinem Bekannten C zeitweilig ein von B entliehenes Buch. Später erklärt er, das Buch C nunmehr "schenken" zu wollen.

---

[49] Dieser kann sich beispielsweise aus § 604 BGB ergeben.

Bei einer solchen Fallgestaltung ist es für die Tatbestandsmäßigkeit seines Verhaltens gleichgültig, ob C gem.§§ 929 S.2, 932 Abs.1 S.2 BGB gutgläubig Eigentum an dem Buch erwirbt, oder es - weil er die wahren Rechtsverhältnisse kennt - dem Eigentümer B mit Einwilligung des A tatsächlich vorenthält. Die Zueignungshandlung besteht beide Male darin, daß A unter Mißachtung der Rechte des B den von C nunmehr ausgeübten Eigenbesitzt fördert, indem er von der objektiv vorhandenen Möglichkeit eines Zugriffs auf die Sache keinen Gebrauch macht[50].

In gleicher Weise wie die soeben dargestellte Sonderform der Unterschlagung richten sich auch wert-, nicht aber substanzbezogene Angriffe im letzten Grunde nur gegen die Sache als Verkörperung des Eigentums, nicht aber diese rechtliche Position selbst. So besteht etwa die Unterschlagung eines Sparbuches, das der Täter nach Einziehen der darin verkörperten[51] Forderung dem Eigentümer wieder zukommen lassen will, in einem ungesetzlichen tatsächlichen Verhalten, nicht aber in der Vornahme eines verbotswidrigen Rechtsgeschäftes. - Zwar manifestiert der Täter seinen Willen, sich den wirtschaftlichen Wert des Buches zuzueignen, indem er mit dem Schuldner der dort verbrieften Forderung ein Rechtsgeschäft abschließt, nämlich die Übereignung der zu leistenden Zahlungsmittel vereinbart. Dieses Verfügungsgeschäft betrifft jedoch Gegenstände

---

50 In diesem Verhalten ist nicht etwa eine Unterschlagung durch Unterlassen oder gar nur eine Teilnahme (Beihilfe bzw. Anstiftung) an der entsprechenden Straftat des C zu sehen. Eine solche strafrechtliche Qualifizierung käme nur dann in Betracht, wenn der gegenwärtige unmittelbare Besitzer des Buches von sich aus auf den Gedanken verfiele, es zu behalten, und A dies dulden würde.

51 Das Sparbuch "verkörpert" im Sinne der Sachwerttheorie die in ihm verbriefte Forderung; in wertpapierrechtlicher Hinsicht gilt dies natürlich nicht.

aus dem Vermögen des Schuldners, nicht aber dem des Buchinhabers[52]. Die Eigentumsverhältnisse am Legitimationspapier selbst bleiben regelmäßig unverändert, da sich der Schuldner zumeist damit begnügen wird, in das dem Gläubiger verbleibende Papier einen Zahlungsvermerk zu setzen[53]. Zudem richtet sich die Tat typischerweise gegen den im Papier enthaltenen wirtschaftlichen Wert, nicht aber gegen den sehr geringen Substanzwert. Aus diesen Gründen verliert die Zueignungshandlung ihren faktischen Charakter auch dann nicht, wenn an Stelle von Legitimationspapieren Wertpapiere im eigentlichen Sinne - also etwa Inhaberschuldverschreibungen - das Tatobjekt bilden und das Eigentum an ihnen mit Erfüllung der Forderung kraft Gesetzes auf den Schuldner übergeht[54].

Selbst ein an Sachwertgesichtspunkten ausgerichteter Zueignungsbegriff beläßt also das Delikt der Unterschlagung im Bereich tatsächlicher Verletzungshandlungen. § 246 StGB schützt auch in solchen Fällen nur die "reale Eigentumsherrschaft"[55], nicht aber den formellen Bestand des Rechtes selbst.

---

52 Diesen treffen die Folgen der Auszahlung an den Nichtberechtigten lediglich aufgrund der in § 808 Abs.1 S.1 BGB zu Gunsten des Schuldners angeordneten Liberationswirkung. Ob letzterer auf diesem Wege über das Vermögen des Gläubigers "verfügt", wird uns noch in einem späteren Zusammenhang beschäftigen (siehe unten S.115ff.).

53 Notwendig ist dies bei Teilabhebungen der Fall.

54 Für Inhaberschuldverschreibungen ordnet § 797 S.2 BGB diese Rechtsfolge ausdrücklich an. Für andere Wertpapiere - etwa den Wechsel - wird der Eigentumserwerb aus dem Gedanken des § 952 BGB heraus bejaht (vgl. etwa: Baumbach/Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 12.Aufl., 1978, Art. 39 WG, Anm.3, m.w.N.).

55 Vgl. Schönke/Schröder/Eser, StGB, 20.Aufl., 1980, § 246, Anm.3.

Einer derartigen Aufgliederung in strafbares tatsächliches Verhalten einerseits und wertneutrale rechtsgeschäftliche Betätigung andererseits entziehen sich die Sachverhalte des Verpfändens bzw. Sicherungsübereignens fremden Gutes zunächst, wird doch bei ihnen die Grenzlinie zwischen der Unterschlagung und einer von § 246 StGB nicht erfaßten Gebrauchsanmaßung anhand spezifisch zivilrechtlicher Kriterien gezogen[56]. Sollte der Charakter der Tathandlung wirklich von dem Eintritt oder aber Nichteintritt des Eigentumsüberganges abhängen, so wäre die Vornahme des entsprechenden Rechtsgeschäftes zweifellos als gesetzwidrig zu qualifizieren. Denn es würde dann ja das Verbot des § 246 StGB gerade der Abwehr rechtlicher Veränderungen dienen.

Konsequenterweise müßten jedoch die Verfechter eines solchen Normverständnisses verlangen, daß die betreffende Verfügung wirksam sei, solle sie den Verbotstatbestand erfüllen. Von einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung des Reichsgerichtes[57] abgesehen, in der dieses eine nur vermeintlich gelungene Sicherungsübereignung als versuchte Unterschlagung wertete, geht die herrschende Auffassung in Rechtsprechung[58] wie Lehre[59] dahin, daß eine vollendete Unterschlagung bereits dann vorliege, wenn der Täter auch nur an den Erfolg des Geschäftes glaube. Sie läßt erkennen, welche Bedeutung man der Verfügung des Nichtberechtigten in Wahrheit beimißt. Die Vor-

---

56 Siehe oben S.84.

57 RG GA 77, 1933, 282 (v. 12.7.1932), S.284/285.

58 Vgl. etwa:
RGSt 61, 65 (v. 20.12.1926), S.66;
BGHSt 1, 262 (v. 19.6.1951), S.264 (unter c).

59 Baumann, Der strafrechtliche Schutz), 1956, S.49 m.w.N.;
Heimann-Trosien, LK, 9.Aufl., 1974, § 246, Anm.25;
Schönke/Schröder/Eser, StGB, 20.Aufl., 1980, § 246 Anm.13 a.

nahme dieses Rechtsgeschäftes soll das Indiz für den ernsthaften Willensentschluß des Täters abgeben, den Eigentümer zukünftig von der Herrschaft über die Sache auszuschließen. So gesehen ist es selbstverständlich gleichgültig, ob darüberhinaus auch noch der von den Parteien vereinbarte Eigentumsübergang erfolgt oder nicht.

Auch noch in einem anderen Zusammenhang tritt zutage, daß die faktische Indizwirkung, nicht aber die rechtliche Gestaltungskraft des Vorganges für die Vollendung des Tatbestandes entscheidend ist. So macht sich derjenige einer Unterschlagung schuldig, der im Wissen um das Mißlingen der Sicherungsübereignung gleichwohl den Berechtigten "auszuschalten" gedenkt[60].

Nunmehr läßt sich als Ergebnis der vorangegangenen Normanalyse der Standort bestimmen, den ein vom Täter vorgenommenes Verfügungsgeschäft im Rahmen der Zueignungshandlung einnimmt. Ihm kommt - ebenso wie jeder anderen Lebensäußerung, in der sich ein Zueignungswille artikuliert - lediglich eine indizielle Funktion zu. Das Unterschlagen durch Veräußern der fremden Sache unterscheidet sich in nichts von solchen Begehungsweisen, die auf die tatsächliche Vorenthaltung gerichtet sind.

Dabei bleibt allerdings immer noch ein Einwand gegen die These, die mit ihm einhergehende Unterschlagung mache das Veräußerungsgeschäft nicht zu einem gesetzwidrigen im Sinne des § 134 BGB, bestehen, den es zu entkräften gilt: Denn es ließe sich argumentieren, daß, wenn die Vornahme des Verfügungsgeschäftes den Zueignungswillen indiziere, sie damit Element des Unterschlagungstatbestandes sei und sich folglich als ein verbotswidriger Angriff gegen den Eigentümer darstelle.

---

[60] BGH GA 1965, 207 (v. 17.3.1964).

Eine solche Betrachtungsweise würde jedoch den Charakter der "Zueignungshandlung" nicht treffend erfassen. Die Verletzung des fremden Eigentums besteht bei dem Delikt der Unterschlagung nämlich nicht in dem äußeren Vorgang, der die Ernsthaftigkeit des Zueignungswillens kennzeichnet. Entscheidend ist vielmehr der in ihm zum Ausdruck kommende Entschluß des Täters, die Sache dem Berechtigten auf Dauer vorzuenthalten. Losgelöst von dieser Tendenz kommt dem Handeln des Unterschlagenden regelmäßig[61] kein eigenständiger Unwertgehalt zu. Denn anerkanntermaßen[62] kann sich der Zueignungswille auch in Verhaltensweisen manifestieren, durch die selbst noch gar nicht realiter auf die fremde Sache eingewirkt wird. So genügt beispielsweise der Abschluß eines Kaufvertrages oder selbst das Unterbreiten einer hierauf gerichteten Offerte, um den Tatbestand des § 246 StGB zu verwirklichen[63]. Darüberhinaus können selbst objektiv korrekte Maßnahmen den Charakter

---

61 Zwar kann die Zueignungshandlung unter Umständen einen anderen Deliktstatbestand verwirklichen - etwa den der Sachbeschädigung. Dies ist beispielsweise bei dem ungetreuen Entleiher der Fall, der seinen eigenen Namen in das Buch schreibt, um es zukünftig für sich zu behalten. Jedoch weist dieses rechtswidrige Verhalten keinen wesensmäßigen Bezug zur Unterschlagung auf. Denn es ist ebensogut ohne einen dahinterstehenden Zueignungswillen denkbar. So kann ja möglicherweise der Entleiher das Buch auch nur deshalb mit seinem Namen versehen, um sich Dritten gegenüber aus Prahlerei als dessen Eigentümer auszugeben, ohne in Wahrheit eine Zueignung zu wollen. Es handelt sich bei dem Buch vielleicht um ein sehr seltenes und kostbares Stück.

62 Vgl. etwa die Nachweise bei:
Maurach/Schröder, Strafrecht, Besonderer Teil, 6.Aufl., 1977, § 35 II 2 c cc, S.320; Schönke/Schröder/Eser, StGB, 20.Aufl., 1980, § 246, Anm.11ff., dort insbesondere Anm.11 b

63 Maurach/Schröder, a.a.O.

einer Zueignungshandlung besitzen[64]. Das Reichsgericht[65] etwa verurteilte einen als Geldzähler beschäftigten Bankangestellten wegen Unterschlagung, obgleich dieser eine überzählige Banknote, die er sich zuzueignen gedachte, lediglich in einem auch für die ordnungsgemäße Aufbewahrung derselben bestimmten Fach abgelegt hatte. - Damit bildet also die Zueignungshandlung lediglich einen Indikator für den Angriff gegenüber dem Eigentümer, ohne selbst gleichzeitig desssen Sphäre tangieren zu müssen.

Dies bedeutet aber schließlich für die strafrechtliche Qualifizierung der Veräußerung fremder Sachen an gutgläubige Erwerber, daß die Vornahme entsprechender Verfügungen zwar unter Umständen den Zueignungswillen kundbar machen kann. Darin erschöpft sich aber ihr Bezug zu dem Delikt der Unterschlagung:

Der Täter unterschlägt die Sache nicht, weil er sie veräußert, sondern er unterschlägt sie, weil er sie dem Eigen-

---

64 Allerdings muß auch in diesen Fällen der auf die Zueignung gerichtete Wille des Täters in irgendeiner Form nach außen hin erkennbar werden. So liegt etwa eine Unterschlagung vor, wenn der Bote eines Geschäftsmannes auftragsgemäß für den Arbeitgeber Zahlungen entgegennimmt, jedoch darüber manipulierte Quittungen erteilt, um das Geld später für sich zu verbrauchen (vgl. Schönke/Schröder/Eser, a.a.O. (N.62) Anm.11).

65 RGSt 63, 376 (v. 12.1.1930), S.378.
Dort wird das Wesen der Zueignungshandlung sehr plastisch mit den Worten beschrieben:

> "Dazu (zur Manifestation des Zueignungswillens; d.V.) kann aber ... jedes tätige Verhalten des Täters (genügen), mag es auch für sich allein betrachtet unverfänglich sein, sofern es nur ... von dem Wollen, die Sache für sich zu behalten oder zu verwerten, eingegeben und getragen ist. ... Denn dann verkörpert sich eben bei ihm darin sein Zueignungswille, gleichviel welche Bedeutung die Handlung haben würde, wenn sie von einem anderen vorgenommen würde."

tümer faktisch vorenthalten will, ein Entschluß der nur zufällig[66] seinen Ausdruck in der Vornahme des dinglichen Rechtsgeschäftes findet.

Wir haben es daher wohl mit einem Nebeneinander von strafbarem tatsächlichen Verhalten einerseits und in dieser Beziehung wertneutraler rechtsgeschäftlicher Betätigung andererseits zu tun, nicht jedoch mit einem Rechtsgeschäft, dessen Vornahme im Sinne des § 134 BGB gegen ein Verbotsgesetz, § 246 StGB, verstößt.

3. Die Bedeutung der Willenserklärung des Nichtberechtigten als deliktsrechtlich relevantes Handeln im Sinne des § 823 Abs.1 BGB:

Wenngleich die Verfügung des Nichtberechtigten gem. §§ 932ff. BGB - wie zuvor festgestellt - in strafrechtlicher Hinsicht unbedenklich ist, so kann sie dennoch mit anderen Verbotsnormen kollidieren. Hierfür in Betracht kommt § 823 Abs.1 BGB, eine Vorschrift, die zwar primär Schadensersatzpflichten anordnet, sekundär aber auch ein Verbot gegenüber den von ihr erfaßten Handlungen ausspricht.

Rechtsprechung[67] wie Literatur[68] sehen § 823 Abs.1 ohne

---

66 Die Bezeichnung "zufällig" orientiert sich an der theoretischen Vielzahl von Zueignungsvarianten. Es mag in der Rechtswirklichkeit hingegen so sein, daß die Unterschlagung im Wege unbefugter Veräußerung besonders häufig oder gar überwiegend anzutreffen ist (vgl. dazu Maiwald, Zueignungsbegriff, 1970, S.107).

67 RG Gruchot 68 1927, 521 (v. 23.3.1925), S.523.

68 Soergel/Zeuner, BGB, 10.Aufl., 1969, § 823, Anm.24; Staudinger/Schäfer, BGB, 10./11.Aufl., 1975, § 823, Anm.42 a.E.

weiteres als eine Verbotsnorm an, deren Tatbestand neben zahlreichen anderen Modalitäten auch die Eigentumsverletzung durch wirksame Verfügungen eines Nichtberechtigten umfassen soll. Folgerichtig bejaht man eine Schadensersatzpflicht des dolos handelnden Veräußerers[69]. Andererseits werden alle Versuche abgewehrt, dem fahrlässig, aber im Sinne des § 932 Abs.2 BGB "gutgläubig" handelnden Erwerber die erlangte Rechtsposition unter dem Gesichtspunkt deliktischer Haftung wieder zu entziehen[70].

Prima facie läßt sich die Auffassung, das Verfügungsgeschäft des Nichtberechtigten sei eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 Abs.1, aus den Materialien zu den §§ 932ff. BGB begründen. So verweist die 1.Kommission bezüglich der Frage, welche Ansprüche der bisherige Eigentümer besitze, auf die Behandlung hin, die dieser Problemkreis bei den Gutglaubensvorschriften des Immobiliarrechtes erfahren habe[71]. Dort aber findet sich der Satz:[72] "Der Nichtberechtigte, der den Verlust des Berechtigten veranlaßt hat, kann diesem hierdurch sowohl aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung als aus dem Grunde der Bereicherung verpflichtet sein."

Diese Äußerung könnte unter Umständen auf eine gesetzgeberische Entscheidung des Inhaltes hindeuten, § 823 Abs.1 BGB solle nicht nur tatsächliche, sondern auch rechtliche Einwirkungen auf das Eigentum zum Anknüpfungspunkt für eine Schadens-

---

69 Vgl. die in N.68 genannten Nachweise.

70 RGZ 85, 61 (v. 19.5.1914), S.64; 90, 395 (v. 7.7.1917), S.397/398; BGH LM Nr.9 zu § 932 (v. 23.5.1956) Bl.1 R = JZ 1956, 490 = WM 1956, 884, S.885 (unter Nr.II.). Soergel/Zeuner, a.a.O. (N.68) Anm.26; Staudinger/Schäfer, a.a.O. (N.68) Anm.42.

71 Motive III, S.350 (Nr.VI.) = Mugdan III, S.194 (Nr.VI.).

72 Motive III, S.224 (Nr.1 a) = Mugdan III, S.124 (Nr.1 a).

ersatzpflicht wählen. Bei näherer Untersuchung wird sich jedoch zeigen, daß diese - mehr beiläufige - Bemerkung § 823 Abs.1 kaum als rechtsgeschäftliches Verbot im eigentlichen Sinne auszuweisen vermag.
Die in ihr enthaltene Formulierung, der Nichtberechtigte veranlasse die dem bisherigen Eigentümer erwachsende Einbuße, soll offensichtlich zum Ausdruck bringen, daß in seiner Willenserklärung die Ursache für den Rechtsübergang zu suchen sei. Auch wenn man einmal die in der vorliegenden Arbeit gegen eine solch "naturalistische" Betrachtungsweise erhobenen Einwände außer Betracht läßt, bestehen selbst Bedenken dagegen, § 823 Abs.1 als eine Vorschrift zu qualifizieren, die auf rein normative Weise eine "Kausalbeziehung" zwischen dem Verfügungsgeschäft des Nichteigentümers und der sich hieran anschliessenden, neuen Rechtslage schafft. Denn eine solche Regelung würde sich kaum oder gar nicht in das System des Deliktsrechts einfügen.

Besonders deutlich lassen sich die hieraus ergebenden dogmatischen Schwierigkeiten aufzeigen, beurteilt man zunächst das Verhalten des Erwerbers unter haftungsrechtlichen Gesichtspunkten.

Wie bereits dargestellt[73], soll er dem Berechtigten gegenüber, dessen Position er gutgläubig erworben hat, nicht zum Schadensersatze verpflichtet sein. Die für dieses Ergebnis angeführten Begründungen unterscheiden sich nicht unerheblich voneinander. So beschränken sich zwei zu dieser Frage ergangene Entscheidungen des Reichsgerichtes[74] auf die Feststellung, daß die Gutglaubensvorschriften des BGB (in casu ging es um § 892) den fahrlässig auf das Eigentum des Veräußerers ver-

---

[73] Siehe oben S.93 Text zu N.70.

[74] RGZ 85, 61 (v. 19.5.1914), S.64 und 90, 395 (v. 7.7.1917), S.397/398.

trauenden Erwerber "auch gegenüber persönlichen Ansprüchen ... des Berechtigten"[75] schützen. Es bleibt dabei offen, an welcher Voraussetzung denn dessen deliktische Verantwortlichkeit scheitere. Der sich dieser Rechtsprechung anschließende Bundesgerichtshof[76] bejaht zwar einen Eingriff des gutgläubigen Erwerbers in die Rechtssphäre des Eigentümers, verneint aber dessen deliktischen Charakter mit der Erwägung, daß dieses Verhalten - wie § 932 BGB zeige - gesetzlich gerechtfertigt sei. - In eine in etwa ähnliche Richtung weist auch die Äußerung der 1.Kommission[77], wonach dem Erwerber in den betreffenden Vorschriften ein "rechtlicher Grund" zur Seite stehe. - Schließlich findet sich auch die Auffassung vertreten, der gutgläubige Erwerber verletze zwar rechtswidrig das Eigentum, indem er an dem Verfügungsgeschäft des Nichtberechtigten mitwirke, jedoch sei die Absicht des Gesetzes erkennbar, das Recht in seiner Person unanfechtbar entstehen zu lassen[78].

Die so unterschiedliche Struktur der einzelnen Deutungsversuche macht deutlich, wie sehr sich die Rolle des gutgläubigen Erwerbers im Hinblick auf eine etwaige deliktische Haftung präziser Einordnung entzieht. Denn auch dann, wenn man den Erwerber unproblematisch als "Miturheber" des Eigentumsüberganges ansieht, bleiben dennoch Widersprüche offen, die darauf hinweisen, daß § 823 Abs.1 BGB wohl kaum als rechtsgeschäftliches Verbot ausgestaltet sein kann.

---

[75] RGZ 85, 61, S.64.

[76] BGH LM-Nr.9 zu § 932 (v. 23.5.1956), Bl.1 R.

[77] Motive III, S.225 (Nr.2) = Mugdan III, S.124 (Nr.2). Die Äußerung der 1.Kommission befaßt sich nicht unmittelbar mit der vorliegenden Frage, da dort nur die Möglichkeit bereicherungsrechtlicher Ansprüche gegenüber dem Erwerber erörtert wird. Jedoch läßt dies gewisse Rückschlüsse auf die Behandlung des hier interessierenden Problemkreises zu.

[78] Staudinger/Schäfer, BGB, 10./11.Aufl., 1975, § 823, Anm.42.

Das gilt zunächst für die vom Bundesgerichtshof[79] vertretene Ansicht, der Eingriff in die Sphäre des bisherigen Sacheigentümers sei durch die Gutglaubensvorschriften des BGB gerechtfertigt. Zwar mag man aus diesen Normen folgern, daß der einmal eingetretene Eigentumsübergang nach dem Willen des Gesetzgebers nicht wieder rückgängig zu machen sei. Eine solche Betrachtungsweise würde sich aber in Wahrheit auf den Gesichtspunkt des "behalten dürfens" der erworbenen Sache beziehen. Hier geht es jedoch um die Frage, ob der Vorgang des Eigentumswechsels im Verhältnis zu dem davon betroffenen Eigentümer gerechtfertigt sei. Anknüpfungspunkt für das Rechtswidrigkeitsurteil muß also die "juristische Sekunde" sein, in der das Verfügungsgeschäft seine Wirkungen entfaltet. In diesem Augenblick fehlt nun aber jeglicher Rechtsgrund dafür, daß der gutgläubige Dritte die Sache zu Lasten des bisherigen Eigentümers erwirbt. Es besteht zwischen ihnen keinerlei Rechtsbeziehung, die etwa die Erwerbsaussichten des Gutgläubigen privilegieren würde. So kann ein Verlust der Gutgläubigkeit noch in letzter Sekunde die Pläne des Erwerbers durchkreuzen, gleichgültig, welche Dispositionen er auch im Vertrauen auf das Eigentum seines Vertragspartners getroffen haben mag, den ja der Besitz der Sache auch schon vor Abschluß des Verfügungsgeschäftes als Berechtigten ausweist.

Auch diejenige Meinung[80], die einen rechtswidrigen Eingriff des Erwerbers bejaht, aber aus der Wertung der Gutglaubensvorschriften einen Haftungsausschluß zu dessen Gunsten entnehmen will, ist in doppelter Hinsicht Bedenken ausgesetzt.

So läßt sich zunächst einmal einwenden, daß die Schuldformen des Vorsatzes und der groben Fahrlässigkeit einerseits,

---

[79] Siehe oben S.95 N.76.

[80] Siehe oben S.95 Text zu N.78.

die nach der Entscheidung des § 932 BGB dem Rechtserwerb entgegenstehen, und die der leichten bzw. normalen Fahrlässigkeit andererseits, deren Vorliegen den Wechsel des Eigentums nicht hindern soll, gerade bezogen auf diesen Vorgang nicht miteinander verglichen werden können. Denn nur im zuletzt genannten Fall ist - wertet man die Mitwirkung des Gutgläubigen als rechtswidrigen Eingriff - eine Verletzung fremden Eigentums gegeben, ein deliktischer Tatbestand mithin vorhanden, der die Frage nach der Vorwerfbarkeit des Täterverhaltens eröffnet. Vorsätzliches bzw. grob fahrlässiges Handeln auf Seiten des Erwerbers vermag hingegen keinen objektiven Erfolg hervorzubringen, auf den sich ein Unwerturteil über seine Person gründen könnte. - Jene verschiedenen Grade von Schuld, die bei unerlaubten Handlungen üblicher Prägung vom objektiven Tatbestand unabhängig sind, treten hier - scheinbar - in eine ganz eigentümliche Wechselbeziehung zu ihm. Denn es kommt in casu der Eindruck auf, als würde die gesteigerte Schuld des Täters zu einer verringerten Gefährlichkeit seiner Tat führen.

Dieses merkwürdige Resultat läßt sich jedoch vermeiden, trennt man nur die in § 932 Abs.2 BGB verwendeten Begriffe des "Kennens" bzw. "grob fahrlässigen Verkennens" der wahren Eigentumslage vollkommen von dem Aspekt deliktischer Haftung. Im Hinblick auf das Veräußerungsgeschäft bedeutet nämlich der Vorwurf grober Fahrlässigkeit nicht, der Erwerber habe in erhöhtem Maße sorgfaltswidrig die Rechte des Eigentümers verletzt. Denn diesen berührt die Verfügung ja gerade nicht. Vielmehr geht es um mangelnde Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten, angesichts derer der Gesetzgeber den Erwerber nicht für schützenswert erachtet. In gleicher Weise läßt sich auch die "Privilegierung" der normalen bzw. leichten Fahrlässigkeit nur in Bezug auf den Gedanken sachenrechtlichen Vertrauensschutzes verstehen. Sie gibt aber keinen Aufschluß darüber, welche delikts-

rechtlichen Konsequenzen sich mit dem gutgläubigen Eigentumserwerb verbinden oder nicht verbinden[81].

Man gelangt auch noch an anderer Stelle zu einem Widerspruch, soll der gutgläubige Eigentumserwerb einen rechtswidrigen Eingriff darstellen, der jedoch für den Erwerber keine deliktische Haftung begründe, selbst wenn dieser fahrlässig gehandelt habe. Das führt nämlich - und damit tritt jetzt auch die Person des Veräußerers in das Blickfeld - zu einer unverständlichen Ungleichbehandlung beider Beteiligten. Qualifiziert man die dinglichen Wirkungen des Veräußerungsgeschäftes als "deliktischen Erfolg" des Zusammenwirkens der hieran teilhabenden Parteien, so ist es widersprüchlich, für die eine von ihnen stets, für die andere von ihnen jedoch niemals eine Ersatzpflicht zu bejahen.

Besonders deutlich läßt sich dies an einem Eigentumserwerb gem. § 892 BGB belegen. Denn angesichts des sehr weitgehenden Vertrauensschutzes, den diese Norm gewährt, ist ja durchaus eine Fallkonstellation denkbar, bei der ein nur leicht fahrlässig handelnder Buchberechtigter einem Erwerber Eigentum verschafft, der die wahre Rechtslage seinerseits aus grober Fahrlässigkeit heraus verkennt. Hier ließe sich das "Erwerber-Privileg" wohl kaum schlüssig begründen.

---

[81] Vgl. dazu Rümelin, Das Verschulden in Straf- und Zivilrecht, 1909, S.1 N.1, der die grob fahrlässige Unkenntnis im Rahmen des § 932 Abs.2 BGB als eine Form des Verschuldens in eigenen Angelegenheiten ansieht. Anderer Ansicht ist hingegen Fischer, Die Rechtswidrigkeit, 1911, S.185f., der auch hier von einem Verschulden im technischen Sinne ausgeht. Allerdings scheint Fischer nicht hinreichend zwischen dem Erwerb des Eigentums an einer Sache und dem Erwerb der Herrschaft über eine Sache zu differenzieren, stellt er doch die an der grob fahrlässigen Unkenntnis des Erwerbers scheiternde Übereignung mit dem faktischen Sacherwerb gleich, der im Bewußtsein der fehlenden Berechtigung des Veräußerers erfolgt.

Angesichts dieser zahlreichen und gravierenden dogmatischen Unstimmigkeiten kann man nicht davon sprechen, § 823 Abs.1 BGB sei auch als ein Rechtsgeschäftsverbot ausgestaltet. Dazu ist die Verfügung des Nichteigentümers offensichtlich allzu wenig in das System der unerlaubten Handlungen integriert. Es sind keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür vorhanden, daß sie der Gesetzgeber ungeachtet aller damit einhergehenden ungelösten Fragen als Delikt behandelt wissen wollte. Der nur beiläufigen Äußerung der 1.Kommission[82] kommt eine so weitgehende Indizwirkung nicht zu. Es handelt sich bei ihr vielmehr um eine - in vieler Hinsicht angreifbare - Subsumtion der Verhaltensweise des Veräußerers unter die deliktsrechtlichen Normen des 1.Entwurfes.

4. Schlußfolgerung:

Aus dem vorangegangenen hat sich ergeben, daß keine das Eigentum schützenden Verbotsnormen existieren, gegen die die Verfügung des Nichtberechtigten verstoßen könnte[83].

Seine Willenserklärung bildet lediglich eine formelle Voraussetzung für den Eigentumsübergang, nicht aber das eigentlich tragende Element für die Möglichkeit gutgläubigen Eigentumserwerbes. - Nur vordergründig betrachtet verwirklicht der dolos handelnde Veräußerer den Tatbestand einer Unterschlagung bzw. die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung im Sinne

---

82 Motive III, S.224 (Nr.1 a) = Mugdan III, S.124 (Nr.1 a).

83 Es ist noch an anderer Stelle (siehe unten S.112ff.) zu untersuchen, ob sich sein Verhalten nicht möglicherweise als ein - über die Person des gutgläubigen Erwerbers geführter - Angriff gegen das Gesamtvermögen des Eigentümers und damit als ein Delikt nach § 263 StGB qualifizieren läßt.

des § 823 Abs.1 BGB. Tatsächlich jedoch ist seine Willenserklärung straf- wie deliktsrechtlich wertneutral. Zwar offenbart sie zuweilen den im Sinne des § 246 relevanten Zueignungswillen des Nichtberechtigten, besitzt aber dabei lediglich indizielle Wirkung, ohne selbst Angriffsmittel zu sein.

Wir haben es folglich anstelle eines nach §§ 246 StGB, 823 Abs.1 BGB verbotenen Rechtsgeschäftes mit einem klar trennbaren Nebeneinander von gesetzlich mißbilligten tatsächlichen Verhaltensweisen auf der einen und wertneutraler rechtsgeschäftlicher Betätigung auf der anderen Seite zu tun. Die Anerkennung, die die Willenserklärung des Nichtberechtigten durch das Gesetz erfährt, honoriert somit nicht etwa ein das Eigentum verletzendes Verhalten[84], geht mit jener Erklärung doch lediglich ein diese Position faktisch berührender Gesetzesverstoß einher, der ihren Charakter selbst nicht zu prägen vermag[85].

Das Institut des gutgläubigen Eigentumserwerbes ist damit aber sub specie jener Verbotsvorschriften von § 134 BGB losgekoppelt. Aus ihm lassen sich folglich keine Regeln dafür entnehmen, wann ein gesetzwidriges Rechtsgeschäft wirksam sei

---

[84] Wie Binding, Die Ungerechtigkeit des Eigentumserwerbs vom Nichteigentümer, 1908, es verstanden hatte.

[85] Zu demselben Ergebnis müßten an sich auch all diejenigen Autoren gelangen, die die Ansicht vertreten, relative Rechte seien als solche unverletzbar, beeinträchtigt werden könne nur jeweils deren körperliches Substrat. Denn ebenso wie Forderungsrechte und ähnliche Positionen ist auch das Eigentumsrecht selbst rein geistiger Natur und damit untaugliches Objekt für deliktische Angriffe im Sinne kausalen Veranlassens mißbilligter Veränderungen. (Der Gedanke der Unverletzlichkeit relativer Rechte wird

85 seit 80 Jahren in der Literatur immer wieder aufgegriffen, ohne aus ihm allerdings die soeben aufgezeigte Konsequenz zu ziehen; vgl. zu dieser Frage etwa: Binding, Die Normen und ihre Übertretung, 3.Aufl., 1916, Bd.I, S.295f.; Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8.Aufl., 1903, Bd.I, S.1258 N.10 b; Fabricius, Zur Dogmatik des 'sonstigen Rechts' gem. § 823 Abs.1 BGB, AcP 160, 1961, 273, S.278 f.; Fischer, Hans Christoph, Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung nach dem BGB für das Deutsche Reich, 1905, S.81f.; Isay, Die Geschäftsführung nach dem BGB für das Deutsche Reich, 1900, S.373f.; Kipp, Über den Begriff der Rechtsverletzung, in: Festgabe für Otto Gierke, Bd.2, 1910, 1, S.13; Leonhard, Besonderes Schuldrecht des BGB, 1931, S.546, 565; Rödig, Erfüllung des Tatbestandes des § 823 Abs.1 BGB durch Schutzgesetzverstoß, 1973, S.28; Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, 1900, S.332.)
Wenn etwa Fabricius (a.a.O. S.279) ausführt, der gem. § 932 BGB wirksam verfügende Nichtberechtigte entferne die Sache " aus dem geistigen Herrschaftsbereich des Eigentümers", so ist dem entgegenzuhalten, daß der gutgläubige Eigentumserwerb allein kraft autonomer Bestimmung des Gesetzes die Herrschaftsbefugnis des bisher Berechtigten aufhebt. Dieser darf auf die Sache nicht mehr einwirken, selbst wenn er realiter die Möglichkeit dazu wiedererlangen sollte. Ihm wird also nicht die Ausübung eines bestehenden Rechtes verwehrt, sondern das Recht zur Ausübung einer Herrschaftsmacht genommen. "Das Dürfen ist (jedoch) als solches unverletzbar" (Rödig, a.a.O., S.29), der Private kann es anderen Rechtsgenossen ebensowenig entziehen, wie er es ihnen zu gewähren vermag.

und wann nicht. Gerade dies aber ist bei Isay[86] geschehen, der - unter anderem - am Beispiel der "als Unterschlagung strafbaren" Verfügung des Nichtberechtigten seine These entwickelt hat, ein verbotswidriges Rechtsgeschäft sei immer dann gültig, wenn es zumindest eine nicht deliktische Willenserklärung (hier die des Erwerbers[87]) enthalte. - Nach den hier gewonnenen Erkenntnissen existiert aber eine "deliktische Willenserklärung" gar nicht. Die Übereignungsofferte des Unterschlagenden ist als "Rechtsgeschäft" von keiner anderen Qualität als die einer Person, die guten Glaubens über eine nicht ihr gehörende Sache verfügt. Von daher läßt sich schließlich auch erklären, warum das Eigentum an nicht abhandengekommenen Sachen ohne Rücksicht auf einen Dolus des Veräußernden auf den Erwerber übergeht, während diese Möglichkeit bei abhandengekommenem Gut schlechthin niemandem offensteht:

Seine Willenserklärung ist ein bloßes "Faktum", an das das Gesetz bestimmte Folgen knüpft. Sie wird als solche weder "honoriert" noch mit Sanktionen belegt.

---

[86] Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäftes, 1899, S.103 iVm S. 108f.

[87] Sieht man die Willenserklärungen, aus denen sich das Verfügungsgeschäft zwischen dem Nichtberechtigten und dem gutgläubigen Erwerber zusammensetzt, als rechtswidrige Eingriffe in die Sphäre des betroffenen Eigentümers an, so ist auch die Theorie Isay's nicht mehr haltbar: Denn dann würde sich ja der gutgläubige Rechtserwerb vollziehen, obgleich alle hierauf gerichteten Willenserklärungen - wenn auch nicht ausnahmslos strafbarer, so doch - deliktischer Natur sind.

II. Das betrügerische Rechtsgeschäft.

Neben der dolosen Verfügung des Nichtberechtigten gilt der betrügerische Vertragsschluß als das typische Beispiel der Vornahme eines Rechtsgeschäftes unter gesetzwidrigen Umständen[88]. - Es soll im Folgenden anhand mehrerer den Tatbestand des § 263 StGB erfüllender Sachverhaltskonstellationen untersucht werden, ob sich in ihrem Zusammenhang sachlich zutreffenderweise von dem Vorhandensein "betrügerischer Willenserklärungen" sprechen läßt oder ob die betreffende rechtsgeschäftliche Betätigung in Wahrheit wertneutral ist, wenngleich sie mit tatsächlichen strafrechtlich erheblichen Handlungen zusammentrifft.

1. Der Eingehungsbetrug:

Für die Richtigkeit der These, der arglistig Täuschende nehme durch die Abgabe seiner Willenserklärung ein im Sinne des § 134 BGB "verbotenes" Rechtsgeschäft" vor, spricht - auf den ersten Blick - die im Strafrecht weit verbreitete Ansicht, der Tatbestand des § 263 StGB lasse sich in der Form des

---

88 Vgl. etwa: Endemann, Civilrechtliche Wirkung, 1887, S.111; Gebhard, Vorentwurf Allgemeiner Theil, Bd.3, 1880/81, S.144; Larenz, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II, S.379; BGB-RGRK-Krüger-Nieland, 11.Aufl., 1959, § 134, Anm.23; Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 134, Anm.34.

Flume, Rechtsgeschäft, 3.Aufl., 1979, § 17, 3, S.345, differenziert zwar in diesem Punkte. So unterscheidet er zwischen "gesetzlichen Verboten, welche unmittelbar das Rechtsgeschäft betreffen" und solchen, die "auf das rechtsgeschäftliche Handeln abgestellt sind" (a.a.O. S.344). Gleichwohl benutzt auch er den Begriff des "betrügerischen Rechtsgeschäftes" (a.a.O. S.345) und bringt dabei zum Ausdruck, es bestehe eine Wechselbeziehung zwischen der Einseitigkeit des Verbotsverstoßes und dem Umstand, daß derartige Rechtsgeschäfte nicht (eo ipso) nichtig seien.

"Eingehungsbetruges" verwirklichen[89]. Denn dort knüpft sich der Vorwurf strafbaren Verhaltens augenscheinlich an die Abgabe der Willenserklärung des Täuschenden und die aus ihr resultierenden zivilrechtlichen Folgen: Zustandekommen eines vollwirksamen, wenngleich anfechtbaren Rechtsgeschäftes, etwa eines Kaufvertrages, geht das Opfer auf die Offerte des Täters ein. In dieser - bei Geltendmachen der Rechte aus § 123 BGB nur vorübergehenden - Bindung rechtlicher Natur soll der Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB zu erblicken sein, und der Abschluß des Geschäftes wird als die irrtumsbedingte Vermögensverfügung[90] des Getäuschten qualifiziert. So bejahte etwa der Bundesgerichtshof[91] in einem Fall vollendeten Betrug, in dem Zeitschriftenwerber Kunden durch irreführende Angaben zum Abschluß von für diese wirtschaftlich nutzlosen Abonnements veranlaßt hatten, obgleich der Auftraggeber die Verträge auf entsprechende Reklamationen hin später ohne weiteres stornierte.

a) Die Abgabe einer Willenserklärung als tatbestandsmäßiges Verhalten im Sinne des § 263 StGB:

Ungeachtet dieser strafrechtlichen Behandlung von Vertragsschlüssen, die auf der Täuschung des einen Geschäftspartners beruhen, läßt sich gegen die Schlußfolgerung, es handele sich

---

89 Vgl. dazu etwa:
Cramer, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, 1968, S.175ff.; Maurach/Schröder, Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, 6.Aufl., 1977, § 46 II A 4 d ee, S.424f.; Schönke/Schröder/Cramer, StGB, 20.Aufl., 1980, § 263, Anm. 127ff., insbesondere Anm.131 (alle jeweils mit zahlreichen Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur).

90 Schönke/Schröder/Cramer, a.a.O., Anm.56; BGHSt 22, 88 (v. 20.2.1968), S.89.

91 BGHSt 23, 300 (Beschluß v. 16.7.1970), S.303f.

bei ihnen um "verbotene Rechtsgeschäfte" im Sinne des § 134 BGB, zunächst folgender Einwand erheben:

Sinnvollerweise kann nur dann von einem gesetzwidrigen Rechtsgeschäft die Rede sein, wenn eine Vorschrift gerade diese Form menschlichen Verhaltens, also die Abgabe von Willenserklärungen, unter gewissen Umständen verbietet. Die für § 263 StGB erhebliche Tathandlung besteht nun jedoch darin, "durch Vorspiegelung falscher ... Tatsachen" oder auf ähnliche Weise einen Irrtum zu erregen. Die für den Vertragsschluß notwendige Willenserklärung des Täters ist aber sicherlich nicht dazu geeignet, in der anderen Partei Fehlvorstellungen über Sachverhalte zu erwecken. Ihre Bedeutung erschöpft sich vielmehr darin, ein formales, wenn auch unabdingbares Element des Gesamtrechtsgeschäftes zu sein. Wenn der Begriff des "betrügerischen Rechtsgeschäftes" also überhaupt einen sachlichen Gehalt besitzen soll, so ist der mit ihm schlagwortartig umrissene Vorgang dahingehend zu präzisieren, daß der Täter verbotenerweise die seinem Gegenüber abgelistete Willenserklärung durch die Abgabe seiner eigenen zu einem Rechtsgeschäft, beispielsweise einem Kaufvertrag, vervollständige.

Aus § 263 StGB ist jedoch ein solches Verbot nicht zu entnehmen. Denn diese Vorschrift untersagt ja eben das Erregen von Irrtümern, nicht aber Handlungen rechtlicher Natur, die die von einer Täuschung beeinflußte Willenserklärung des Opfers zu einem wirksamen, wenngleich anfechtbaren Rechtsgeschäft ergänzen. Das im Sinne jener Norm tatbestandsmäßige Verhalten einerseits und die Vornahme des Rechtsgeschäftes, d.h. die Abgabe der entsprechenden Willenserklärung, andererseits bilden also so gesehen zwei deutlich voneinander unterscheidbare Geschehensabläufe.

Der Täter betrügt danach also nicht, indem er mit dem Geprellten ein Rechtsgeschäft abschließt. Stattdessen kommt zwischen den Beteiligten ein in strafrechtlicher Beziehung

indifferentes Rechtsgeschäft zustande, bei dem eine der erforderlichen Willenserklärungen, nämlich die des Getäuschten, aufgrund des ihr anhaftenden Mangels nicht endgültig wirksam ist bzw. nicht endgültig wirksam zu bleiben braucht, ficht dieser sie gem. § 123 BGB an. Die strafrechtlich relevante Handlung, das mittels der Täuschung erfolgende Einwirken auf die Willensbildung des Partners, findet demgegenüber im Vorfeld des Geschäftsschlusses statt. Sie bereitet lediglich das Rechtsgeschäft vor, ohne mit diesem selbst gleichgesetzt werden zu können, wie es etwa bei Isay[92] geschieht, der in der Willenserklärung des Täters gleichzeitig ein Element des Rechtsgeschäftes und des Straftatbestandes erblickt.

Dieser Zusammenhang zwischen Rechtsgeschäft und Delikt tritt allerdings in denjenigen Fällen wenig klar zutage, in denen die Willenserklärung des Täters einerseits und seine zur Täuschung des Opfers bestimmten, wahrheitswidrigen Sachangaben andererseits in einen unmittelbaren äußerlichen Konnex gestellt sind. Dort hat es den Anschein, als verwirkliche er den Tatbestand des § 263 StGB durch die Abgabe seiner Willenserklärung. Hinsichtlich seiner Grundstruktur unterscheidet sich aber dieser Vorgang in nichts von solchen Sachverhalten, bei denen Täuschungshandlung und Geschäftsabschluß in einem klaren zeitlichen Nacheinander erfolgen. Das folgende Beispiel soll den Gedankengang verdeutlichen:

A, Inhaber eines feinmechanischen Betriebes, benötigt eine Spezialmaschine und läßt sich daher von B, der die Produktion derartiger Geräte betreibt, beraten. Dabei erklärt dieser - wider besseres Wissen -, eine den Bedürfnissen des A entsprechende Maschine liefern zu können. Die Gespräche münden noch nicht in einen Vertragsschluß, da A zuvor die Frage der Finanzierung mit seiner Bank klären muß. Erst Monate später

---

92 Die Willenserklärung im Thatbestande des Rechtsgeschäfts, 1899, S.101/102.

bestellt er - auf der Grundlage des von B mitgegebenen Informationsmaterials - die Maschine. B sendet daraufhin A eine Auftragsbestätigung zu.

Hier läßt sich sicherlich nicht sagen, daß die Annahmeerklärung des B gleichzeitig die Täuschungshandlung im Sinne des § 263 StGB darstelle. Denn der Irrtum des A, B sei zu der versprochenen Leistung in der Lage, hat sich aufgrund der Vorgespräche längst so verfestigt, daß die Erklärung des B, den Vertrag schließen zu wollen, für seine Willensbildung ohne Belang ist. B täuscht also A nicht, indem er den Vertrag schließt, sondern nutzt lediglich die erhebliche Zeit zuvor geschaffene Situation für die Vornahme des Rechtsgeschäftes aus[93].

Nicht prinzipiell anders wäre aber der Fall zu beurteilen, hätten sich A und B im unmittelbaren Anschluß an die Beratungsgespräche über den Kauf der Maschine geeinigt. Denn auch dann wären für A die tatsächlichen Angaben des B entscheidend gewesen, hätte er den Prozeß der Meinungsbildung vor dem Wechseln der Vertragserklärungen abgeschlossen.

Aber selbst, wenn man gegen die hier angenommene strikte Trennung von Willenserklärung und Täuschungshandlung einwenden sollte, sie berücksichtige nicht hinreichend den beide verbindenden einheitlichen Lebenssachverhalt, bestehen gleichwohl noch unter einem anderen Aspekt, den es sogleich zu untersuchen gilt, schwerwiegende Gründe dagegen, § 263 StGB als ein rechtsgeschäftliches Verbot anzusehen.

---

[93] Allerdings handelt es sich hierbei nicht um das straflose Ausnützen eines vorhandenen Irrtums. B wäre vielmehr unter dem Gesichtspunkt der Ingerenz verpflichtet, die durch sein Verhalten bewußt geschaffenen Fehlvorstellungen des A zu korrigieren (vgl. dazu etwa: Lackner, LK, 9.Aufl., 1977, § 263, Anm.64).

b) Die Bindung des Getäuschten an das anfechtbare Rechtsgeschäft als Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB:

Da § 263 StGB nicht die Dispositionsfreiheit, sondern das Vermögen schützt[94], muß der Täter den Getäuschten zu einer vermögensschädigenden Verfügung veranlassen, soll ein Betrug vorliegen. Will man den Eingehungsbetrug als eine Form verbotener rechtsgeschäftlicher Betätigung qualifizieren, dann müßte der für § 263 relevante Vermögensschaden des Opfers gerade aus seinen rechtlichen Beziehungen zu dem Täter resultieren.

Soweit jedoch bereits der Abschluß anfechtbarer Verpflichtungsgeschäfte für vermögensschädigend erachtet wird, geschieht dies nicht mit Rücksicht auf die materiell zivilrechtlichen Folgen dieses Vorganges. Ausschlaggebend sind vielmehr die mit ihm verbundenen Gefahrenmomente tatsächlicher Natur.

Stets[95] wird nämlich die Annahme eines Vermögensschadens

---

94 Vgl. etwa: Schönke/Schröder/Cramer, StGB, 20.Aufl., 1980, § 263, Anm.121.

95 Vgl. etwa: BGHSt 22, 88 (v. 20.2.1968), S.89; 21, 384 (v. 28.11.1967), S.386; 23, 300 (Beschluß v. 16.7.1970), S.303.
Besonders deutlich wird an Entscheidung aus dem 22.Band (a.a.O. S.89), daß es auf die tatsächliche Gefährdung ankommt:

> "Es ist strafrechtlich ohne Belang, ob der Täter durch die Täuschung einen nach § 123 BGB anfechtbaren Vertrag herbeiführt oder ob er durch die erschlichene Unterschrift äußerlich eine Vertragsurkunde und damit den Schein eines Vertrages entstehen läßt, der in Wahrheit nicht geschlossen worden ist. Die Lage des Getäuschten ist, tatsächlich und wirtschaftlich betrachtet, in beiden Fällen gleich: er darf sich von dem Geschehenen lossagen, muß die Voraussetzungen dafür aber beweisen und läuft Gefahr, das nicht zu können."

Vgl. hierzu auch Lenckner, Vermögensschaden und Vermögensgefährdung beim sog. Eingehungsbetrug, JZ 1971, 320ff.

davon abhängig gemacht, daß eine der nachstehend genannten, für den Getäuschten in realer Weise schädlichen Voraussetzungen erfüllt sei:

(1) Eine Anfechtung der fehlerhaften Willenserklärung unterbleibt, weil sich das Opfer seines Irrtums gar nicht bewußt wird.

(2) Trotz Aufklärung des Irrtums macht der Getäuschte von seinem Anfechtungsrecht keinen Gebrauch, weil ihm die für ein solches Vorgehen notwendige Gewandtheit und Erfahrenheit in geschäftlichen Angelegenheiten fehlen.

(3) Der Geprellte vermag sich trotz erfolgter Anfechtung in einem Rechtsstreit mit dem Täter nicht durchzusetzen, weil es an zureichenden Beweismitteln fehlt, die das Gericht von dessen arglistigem Verhalten überzeugen könnten.

Bei allen drei Fallkonstellationen ist es nicht die rechtliche Bindung, die das Vermögen des Getäuschten einer seiner Schädigung gleichkommenden Gefährdung aussetzt.

Im ersten Fall beseitigt der Betroffene die rechtliche Bindung lediglich deshalb nicht, weil ihm die ihr anhaftenden Mängel verborgen bleiben und sie daher seinen eigenen Interessen gerade zu entsprechen scheint.

Bei der zweiten Modalität geht es um eine in der Persönlichkeitsstruktur des Opfers angelegte Unterlegenheit gegenüber den Manipulationen des Täters, die sich in gleicher Weise bemerkbar machen würde, hätte dieser ihm anstelle einer Willenserklärung eine Vermögensverfügung beliebiger anderer, nicht rechtlicher Art abgelistet.

Demgegenüber tritt der Vermögensschaden bei der dritten Sachverhaltsgestaltung auf eine ganz besondere, prima facie unmittelbar durch die rechtsgeschäftliche Beziehung der Beteiligten geprägte Art und Weise ein. Hier realisiert sich nämlich - scheinbar - in der sich auf das Rechtsgeschäft mit

dem Täter gründenden Verurteilung die vom Opfer durch Abgeben seiner Willenserklärung eingegangene Bindung. Jedoch darf die prozessuale Behandlung des Falles, bei der das Gericht die auf § 123 BGB gestützte Einwendung unberücksichigt lassen muß, bleiben die sich auf sie beziehenden Parteibehauptungen unbewiesen, nicht zu dem Schluß verleiten, der Vermögensschaden des Getäuschten ergebe sich aus dem von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäft. Denn dessen Existenz endet im Augenblick der Anfechtung. Die Frage der Beweisbarkeit ihrer tatsächlichen Voraussetzungen ist demgegenüber materiellrechtlich ohne Belang. Das dem Täter günstige Urteil knüpft also nicht an tatsächlich vorhandene rechtliche Bindungen an, sondern wird lediglich durch einen in diese Richtung weisenden, die richterliche Entscheidung verfälschenden Anschein hervorgebracht. So betrachtet handelt aber der Täter, der eine auf Täuschung beruhende, vom Vertragspartner mittlerweile im Wege der Anfechtung beseitigte Willenserklärung gegen diesen faktisch fortwirken läßt, nicht grundsätzlich anders als derjenige, der eine in Wahrheit niemals erfolgte rechtsgeschäftliche Einigung etwa durch Vorlage falscher Urkunden "beweist". Die einzige Besonderheit besteht im vorliegenden Fall darin, daß der von dem Getäuschten mitgeschaffene äußere Tatbestand eines Rechtsgeschäftes die Durchführung des sich später anschließenden Prozeßbetruges erleichtert[96].

Auch bei der Figur des "Eingehungsbetruges" haben wir es also nicht mit der verbotswidrigen Vornahme von Rechtsge-

---

96 In diese Richtung geht auch die Bemerkung Lackners, LK, 9.Aufl., 1977, § 263, Anm.237, daß der Beweismittelbetrug in einer engen Beziehung zu denjenigen Fällen stehe, "in denen das Eingehen einer rechtsgrundlosen Verbindlichkeit erschlichen" werde.

schäften zu tun. Vielmehr läßt sich auch hier die für sich genommen wertneutrale rechtsgeschäftliche Betätigung von den mit ihr einhergehenden unerwünschten, durch § 263 StGB pönalisierten tatsächlichen Verhaltensweisen trennen[97].

2. Der "Dreiecksbetrug" als eine Form der gegen § 263 StGB verstoßenden rechtsgeschäftlichen Betätigung:

Neben der Modalität des "Eingehungsbetruges" gibt es noch zwei weitere Sonderformen des Betrugstatbestandes, bei denen sich die Gefährlichkeit des Täterverhaltens in für das Opfer nachteiligen rechtlichen Folgen zu realisieren scheint:
Zum einen ist hiermit die - bereits unter dem Gesichtspunkt des § 246 StGB erörterte - wirksame Verfügung eines Nichteigentümers angesprochen.
Zum anderen geht es um die durch Täuschung veranlaßte Leistung an einen Nichtberechtigten, die der Berechtigte kraft Gesetzes gegen sich gelten lassen muß, Paradigma: Der vormalige Gläubiger einer zwischenzeitlich abgetretenen Forderung macht diese unter Verschweigen des wahren Sachverhaltes gegenüber dem Schuldner geltend, der gem. § 407 Abs.1 BGB an den Zedenten mit befreiender Wirkung leistet.

In beiden Fällen wird das Verhalten der Nichtberechtigten als vollendeter Betrug zum Nachteil der jeweiligen Rechtsinhaber gewertet[98]. Man sieht dabei den Verlust der Berechtigten

---

[97] Im Hinblick auf die Gefahren, die von dem Anschein eines wirksamen Rechtsgeschäftes ausgehen können, hat das Reichsgericht (RGSt, 48, 186 (v. 9.3.1914), S.189) sogar den Abschluß eines gegen § 51 II VVG a.F. verstoßenden und daher nichtigen Feuerversicherungsvertrages für vermögensschädigend erachtet: "... weil es völlig ungewiß (war), ob und wann jemals die Gesellschaft in die Lage kommen würde, die ihr nach § 51 II VVG (jetzt § 51 III VVG) zukommende Rechtslage zu verwirklichen."

[98] Vgl. etwa die Nachweise bei Lackner, LK, 9.Aufl., 1977, § 263, Anm.95.

als Folge irrtumsbedingter Vermögensverfügungen seitens der Personen an, die aufgrund der zu ihren Gunsten eingreifenden gesetzlichen Vorschriften - §§ 932ff. BGB bzw. §§ 407, 808 BGB oder ähnlicher Normen - Rechte erwerben oder von Verpflichtungen freigestellt werden[99].

a) Die gegen § 263 StGB verstoßende Veräußerung fremder Sachen an einen gutgläubigen Erwerber:

Das Reichsgericht[100] lehnte es zunächst ab, das Verfügungsgeschäft des Nichteigentümers als Betrug zu qualifizieren. Allerdings stützte sich das Urteil nicht auf die Erwägung, daß bei Änderungen rechtlicher Natur eine Kausalbeziehung zu der Handlung des Täters fehle. Vielmehr argumentierte das Gericht, nicht der gutgläubige Erwerber, sondern der dolose Veräußerer verfüge über das Vermögen des bisherigen Eigentümers. In einer späteren Entscheidung[101] - sie betraf die Verfälschung[102] und Weitergabe eines Wechsels an einen gutgläubigen Erwerber, also einen prinzipiell vergleichbaren Sachverhalt -

---

99 Lackner, a.a.O.

100 RGSt 49, 16 (v. 12.11.1914), S.19/20.

101 RGSt 64, 226 (v. 27.5.1930), S.228.

102 Die Verfälschung des Wechsels bestand darin, daß der Täter in die Urkunde, die die Wechselsumme nur ziffernmäßig auswies, einen höheren Betrag in Buchstaben einsetzte und die Ziffern entsprechend abänderte. Ob in Fällen der vorliegenden Art eine wechselmäßige Haftung in entsprechender Anwendung des Art.10 WG eintritt oder gem. Art.69 WG der ursprüngliche Text den Umfang der Verpflichtung bestimmt, ist umstritten. Während der BGH in seiner Entscheidung v.13.2.1967 (BGHZ 47, 95) eine Fälschung im Sinne des Art.69 WG bejaht, wollen Teile der Literatur - hierin dem Urteil RGZ 164, 10 (v. 13.4.1940), S.13f. folgend - das verfälschte Wertpapier wie einen abredewidrig ausgefüllten Blankowechsel behandelt wissen (vgl. die Nachweise bei Baumbach/Hefermehl, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 12.Aufl., 1978, Art.10, Anm.15). Das Urteil RGSt 64, 226 ging jedenfalls - für die seinerzeit noch geltende Wechselordnung - von einer wechselmäßigen Verpflichtung in Höhe des abgeänderten Betrages aus.

bejahte das Reichsgericht einen Betrug zum Nachteil des wechselmäßig Verpflichteten. Hierbei wurde der Forderungserwerb durch den Gutgläubigen als dessen "rechtsgeschäftliches Handeln"[103] angesehen, das "rechtlich in den Vermögensbestand eines anderen" eingreife.

Beide Urteile stimmen also darin überein, den Eintritt rechtlicher Veränderungen als einen deliktischen Erfolg zu werten. Uneinigkeit herrscht lediglich in der Frage, welcher Person dieser Erfolg zuzurechnen sei: Der des in einem Irrtum befangenen Erwerbers oder der des ihn täuschenden Täters.

Bedenken gegen eine derartige Betrachtungsweise ergeben sich nun aus denselben Gründen, die auch gegen die Möglichkeit einer Unterschlagung durch Veräußern fremden Gutes sprechen[104]. Denn weder das Täterverhalten noch die Handlung des Getäuschten bewirkt einen "Transport von Vermögenssubstanz"[105], den § 263 StGB unterbinden müßte, stellt man hierbei auf die Position des von den Gutglaubensvorschriften Benachteiligten ab. Er nämlich verliert sein Recht nicht durch private Willkür, sondern aufgrund einer gesetzlichen Entscheidung[106].

Das dies so ist, zeigt folgende Überlegung:

Das Charakteristische des Betrugstatbestandes besteht darin, daß der Getäuschte aufgrund seines Irrtums auf eigenes oder aber seinem Zugriff unterliegendes fremdes Vermögen einwirkt.

---

103 RGSt 64, 226 (v. 27.5.1930), S.228.

104 Siehe oben S.99ff.

105 Auf diesen Gesichtspunkt gründet Hardwig, Beiträge zur Lehre vom Betruge, GA 1956, 6, S.10ff., seine Ansicht, daß der über eine fremde Sache verfügende Nichtberechtigte keinen Betrug zum Nachteil des bisherigen Eigentümers verübe.

106 So ausdrücklich Hardwig, a.a.O. S.12.

Wir haben es bezogen auf seine Person also mit einer Dualität von Willensbildung und Willensverwirklichung zu tun. Die den Tatbestand des § 263 StGB verwirklichende Täuschungshandlung betrifft aber nur das zuerst genannte Element: Sie manipuliert die Willensbildung.

Sieht man nun die Mitwirkung des gutgläubigen Erwerbers an dem Veräußerungsgeschäft des Nichteigentümers als vermögensschädigende Verfügung zu Lasten des bisherigen Rechtsinhabers an[107], so hat dies eine vollkommen atypische Wechselbeziehung zwischen der Tathandlung einerseits und der Willensbildung sowie der Willensverwirklichung andererseits zur Folge. Die Verfälschung in der Willensbildung des Erwerbers schafft nämlich überhaupt erst eine Möglichkeit der Willensverwirklichung, die ohne sie gar nicht existieren würde. D.h., der Gutgläubige wirkt nicht nur auf das fremde Vermögen ein, weil er getäuscht ist, sondern er kann es auch nur aufgrund der vom Täter hervorgerufenen Fehlvorstellung, Eigentümer der zu veräußernden Sache zu sein. Jede Aufklärung des Irrtums würde nicht nur das Wollen des Erwerbers in eine andere Richtung lenken, sondern notwendig auch sein "Können"[108] um eine Dimension verkürzen.

Hieraus ist zu folgern, daß der Nichteigentümer durch die Vornahme des Veräußerungsgeschäftes keinen Betrug zu Lasten des bisherigen Rechtsinhabers begeht. Seine Willenserklärung

---

107 Dies bejaht etwa ausdrücklich Lackner, LK, 9.Aufl., 1977, § 263, Anm.95 m.w.N.

108 Damit ist selbstverständlich nicht ein Können im realen Sinne gemeint, sondern die bloße Geeignetheit der Willenserklärung des Erwerbers, tatbestandliche Voraussetzung für einen durch § 932 BGB angeordneten Eigentumsübergang zu sein.

ist also auch in dieser Beziehung nicht als deliktische zu werten[109].

b) Das gegen § 263 StGB verstoßende Einziehen von Forderungen durch Nichtberechtigte:

Läßt sich bei der gem. §§ 932ff. BGB wirksamen Verfügung des Nichtberechtigten ein strafbares tatsächliches Verhalten von der insoweit indifferenten rechtsgeschäftlichen Betätigung trennen[110], so scheint es bei der nunmehr zu untersuchenden Betrugsmodalität an einer derartigen Möglichkeit zu fehlen. Erschleicht nämlich der Nichtberechigte eine nicht ihm gebührende, den Schuldner jedoch kraft Gesetzes - etwa gem. § 407 Abs.1 BGB - von der Obligation befreiende Leistung, so betrifft dieser Vorgang realiter nur den Getäuschten, nicht aber dessen Gläubiger, der "lediglich" seines Anspruches verlustig geht. Denn der dem Täter fälschlicherweise zugewandte Gegenstand - etwa Zahlungsmittel im Falle einer Geldschuld - entstammt dem Vermögen des Schuldners. Das einzige Bindeglied zwischen der Manipulation des Nichtberechtigten und der Einbuße des Berechtigten bildet die zugunsten des Leistenden gesetzlich angeordnete "Liberationswirkung". Sie gilt als die vom Schuldner irrtumsbedingt über das Vermögen seines Gläu-

---

109 Bedenken dagegen, die Handlung des Nichtberechtigten als Betrug zu qualifizieren, werden unter dem - hier allerdings nicht interessierenden - Aspekt der "Stoffgleichheit" von Vermögensschaden und erstrebtem Vermögensvorteil z.T. auch von denjenigen geltend gemacht, die unproblematisch von einer Verfügung des Getäuschten ausgehen (so z.B. Lackner, a.a.O., Anm.262 m.w.N.). Jedoch zeigt sich auch hieran, zu welch widersprüchlichen Ergebnissen es führt, will man einem auf tatsächliche Verhaltensweisen abgestellten Tatbestand das Verbot der Vornahme von Rechtsgeschäften entnehmen.

110 Siehe oben S.99ff.

bigers vorgenommene Verfügung im Sinne des § 263 StGB[111]. Dadurch entsteht der Eindruck, als sei es gerade diese rechtliche Folge des Erschleichens einer Leistung, in der sich die Gefährlichkeit des Täterverhaltens realisiere. Jedoch trifft eine solche Verhaltensweise nicht den wahren Charakter der Tat:

Der Umstand nämlich, daß der Nichtberechtigte keinen Betrug zum Nachteil des Schuldners, sondern einen solchen zum Nachteil des Gläubigers verüben soll, ist ein Ergebnis der in Rechtsprechung wie Strafrechtswissenschaft überwiegend vertretenen "wirtschaftlichen Vermögenslehre"[112].
Diese Lehre besagt - unter anderem -, daß ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB nur dann zu bejahen sei, wenn eine Gesamtsaldierung der durch die Tat verursachten Einbußen einerseits und der von ihr unmittelbar veranlaßten Vorteile andererseits eine Verschlechterung des Vermögensstandes ergebe[113]. Demgemäß wird in den Fällen der durch Täuschung veranlaßten Leistung an einen Nichtberechtigten der hierdurch hervorgerufenen Verringerung des Schuldnervermögens die aufgrund der Liberationswirkung gleichzeitig eintretende Zunahme an Aktiva gegenübergestellt. Da dieser Zuwachs dem Verlust

---

111 Vgl. Schönke/Schröder/Cramer, StGB, 20.Aufl., 1980, § 263, Anm.67; RGSt 39, 80 (v. 10.7.1906), S.82f.; 71, 291 (v. 16.7.1937), S.292 (zu dem mit dem Dreiecksbetrug vergleichbaren Fall der Erpressung bei fehlender Personenidentität von Verfügendem und Geschädigtem).

112 Vgl. dazu:
Lackner, LK, 9.Aufl., 1977, § 263, Anm.109, mit zahlreichen Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur.

113 Lackner, LK, 9.Aufl., 1977, § 263, Anm.130 m.w.N.

regelmäßig[114] entsprechen wird, bleibt das Ausscheiden aus dem Vermögen des Leistenden per saldo außer Ansatz.

Auf diesem Wege wird also ein Gleichlauf zwischen der zivilrechtlichen Zuordnung der aus dem Verhalten des Nichtberechtigten erwachsenden nachteiligen Folgen - Befreiung des Schuldners zu Lasten des Gläubigers - und der strafrechtlichen Behandlung dieses Vorganges hergestellt: Als Geschädigter im Sinne des § 263 StGB gilt nicht der Leistende, sondern der von der Liberationswirkung betroffene Anspruchsinhaber.

Würde man nun nicht weiterhin die durch die Leistung des Schuldners "veranlaßte" Befreiung von der Verbindlichkeit gleichzeitig als dessen Verfügung über das Vermögen des Gläubigers bewerten, so hätte dies eine systemwidrige Lücke im Vermögensschutz zur Folge.

In Fällen der vorliegenden Art könnte sich nämlich ein Täter dank der zivilrechtlichen Konstruktion der befreienden Leistung an einen Nichtberechtigten mittels Täuschung straflos Vermögensgegenstände verschaffen. Denn seine Handlungsweise würde sich weder in Bezug auf die Person des Schuldners noch hinsichtlich der des Gläubigers als Betrug qualifizieren lassen. Bezüglich des Schuldners würde es an einem Vermögensschaden fehlen, verlagern doch die zu seinen Gunsten bestehenden

---

114 Vgl. zu der Frage, wann der gutgläubige Erwerb von Rechtspositionen ein Äquivalent zu der vom Getäuschten an den Täter erbrachten Leistung darstellt: Lackner, a.a.O., Anm. 186 m.w.N. Sie wird immer dann zu bejahen sein, wenn die Stellung des Erwerbers nicht ernsthaft durch das Risiko eines vom Betroffenen erfolgreich geführten Zivilprozesses belastet ist. Dieser Fall wird jedoch nur selten eintreten, erlegt doch § 407 Abs.1 BGB ebenso wie § 932 Abs.2 BGB dem früheren Rechtsinhaber die Beweislast für die Behauptung auf, die Voraussetzungen einer Gutgläubigkeit hätten nicht vorgelegen.

Vorschriften von der Art des § 407 Abs.1 BGB wirtschaftlich gesehen die realiter erlittene Einbuße auf den Gläubiger. Bezüglich des letztgenannten ließe sich eine Schädigung zwar bejahen, jedoch bestünde keine Kausalbeziehung zwischen dem Vermögensschaden und dem irrtumsbedingten Verhalten des Schuldners, das faktisch ja nur auf diesem gehörende Werte einwirkt.

Dieser unerwünschten Konsequenz begegnet man nun mit einer "Vergeistigung" des Verfügungsbegriffes dahingehend, daß die gesetzlich angeordneten Wirkungen der Leistung an den Nichtberechtigten als vom Schuldner "verursacht" gelten.

Eine derartige dogmatische Konstruktion darf jedoch nicht darüber täuschen, daß auch in casu reale Angriffe auf fremdes Vermögen, nämlich das "Herauslocken" der dem Schuldner gehörenden Leistungsgegenstände durch den Täter, abgewehrt werden sollen. Nicht aber geht es im eigentlichen Sinne um ein Verbot des Herbeiführens rechtlicher Veränderungen. Auch bei dieser Form des Dreiecksbetruges gibt es also nur strafbares tatsächliches Verhalten, nicht jedoch ein "betrügerisches" Rechtsgeschäft.

3. Schlußfolgerung :

Auch in § 263 StGB ist - wie die zuvor durchgeführte Analyse ergeben hat - kein Verbot im Sinne des § 134 BGB enthalten. Immer dann, wenn der Abschluß eines Rechtsgeschäftes mit der Täuschung eines der Beteiligten einhergeht, beeinträchtigen tatsächliche Verhaltensweisen dessen Position. D.h. sie vereiteln oder erschweren zumindest die Realisierung des sich aus § 123 BGB ergebenden Anfechtungsrechtes, mit dessen Hilfe der Getäuschte die Bindung an die durch den Irrtum verfälschte

Willenserklärung aufzuheben vermag[115].

Wird die soeben beschriebene Struktur des "betrügerischen Rechtsgeschäftes" auch heute bei seiner straf- wie zivilrechtlichen Behandlung kaum bewußt[116] berücksichtigt, so haben ihr Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft in der Zeit vor Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches offensichtlich eine wesentlich größere Bedeutung beigemessen.

---

115 Es ist daher auch Cramer nicht zu folgen, der (Der Vermögensbegriff, 1968, S.176 unter Nr.I) die von einem am Rechtsgeschäft unbeteiligten Dritten ausgehende Täuschung mit der Begründung als Betrug qualifizieren will, das Vermögen des unter den Voraussetzungen des § 123 Abs.2 S.1 BGB nicht zur Anfechtung berechtigten Getäuschten erleide einen "effektiven Schaden", weil das von ihm eingegangene Schuldverhältnis definitiv wirksam sei. Hier findet nämlich ebensowenig wie in den Fällen des gutgläubigen Eigentumserwerbes ein "Transport von Vermögenssubstanz" (vgl. dazu: Hardwig, Beiträge zur Lehre vom Betruge, GA 1956, 6, S.12 unter Nr.II) statt. Vielmehr stellt die nicht anfechtbare Willenserklärung lediglich einen Tatbestand dar, an den das Gesetz die Folge rechtlicher Bindung knüpft. Diese ist aber weder vom Täter selbst, noch von dem durch ihn getäuschten Opfer "verursacht".

116 Zwar ist dies in casu für die gefundenen Ergebnisse unschädlich, wird doch die strafrechtliche Qualifizierung der Täuschungshandlung der Sache nach an ihrer faktischen Gefährlichkeit ausgerichtet, während die zivilrechtliche Beurteilung "betrügerischer Rechtsgeschäfte" durch § 123 BGB notwendig dahin gelenkt wird, diese als wirksam zu behandeln. Wie sich im weiteren Verlauf der Untersuchung jedoch zeigen wird, hat die mangelnde Differenzierung zwischen Rechtsgeschäft und Delikt dann unmittelbar praktische Auswirkungen, wenn es an eindeutigen gesetzlichen Regelungen fehlt, die die Frage der zivilrechtlichen Wirksamkeit entscheiden.

So bestimmte etwa § 452, 2 des badischen Strafgesetzbuchs, daß "Übervortheilungen" bei "Abschließung von Verträgen" nur dann unter dem Gesichtspunkt des Betruges zu ahnden seien, wenn "der Betrüger die Unmöglichkeit der Realisierung bezüglicher Entschädigungsansprüche von Anfang an entweder vorausgesehen oder aber sie herbeizuführen gesucht habe"[117].

In dieser Vorschrift kommt deutlich zum Ausdruck, daß nicht die rechtlichen Bindungen des Getäuschten eine vom Strafgesetz abzuwehrende Gefahr bilden, sondern diese vielmehr von Manipulationen des Täters ausgeht, mittels derer er die zivilrechtlichen Verteidigungsmöglichkeiten seines Opfers faktisch zu entwerten versucht.

In dieselbe Richtung weist ein Urteil des sächsischen Oberappellations-Gerichtes vom 28.11.1858:[118]

> "Der kriminalistische Charakter bei Eigenthumsverbrechen ist darin zu suchen, daß die begangene Rechtsverletzung auf dem Zivilrechtswege entweder überhaupt oder nach der Tendenz des Verletzenden[119] nicht oder nicht vollständig ausgeglichen werden kann, weil entweder die Verletzung selbst oder die Person des Verletzenden unbekannt bleiben soll, oder weil die Ausgleichung des Nachtheils auch bei Kenntniß des letzteren und der Person des Verletzenden durch zivilrechtliche Verfolgung nicht zu erlangen sein würde, entweder aus Gründen die in der Art der Verletzung liegen oder mit Hinsicht auf die Ersatzunfähigkeit des Verletzenden."

---

117 Zitiert nach Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, II. Die Lehre vom strafbaren Betruge, 1867, S.309.

118 Zitiert nach Merkel, a.a.O. S.310.

119 Hervorhebung im Original.

Sowohl die Vorschrift aus dem badischen StGB als auch das zitierte Urteil geben Zeugnis von den seinerzeit unternommenen Bemühungen, aus der Betrugsstrafbarkeit solche Handlungen herauszunehmen, deren schädliche Folgen allein mit den Mitteln des Zivilrechts korrigiert werden können[120]. Und für Veränderungen rechtlicher Natur gilt dies ja, wie bereits mehrfach dargelegt, in besonderer Weise.

III. Der gegen § 302 a StGB verstoßende Abschluß eines wucherischen Verpflichtungsgeschäftes.

Nach § 302 a StGB macht sich wegen Wuchers strafbar, wer sich unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit etc. eines anderen Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, die in einem auffälligen Mißverhältnis zu der vom Täter selbst zu erbringenden Gegenleistung stehen. Für die vorliegende Untersuchung kommt es auf die erste Tatbestandsmodalität an: Das "Abwuchern" eines Leistungsversprechens. Denn es hat ja nach dem Wortlaut des § 302 a den Anschein, als könne die Vornahme eines Rechtsgeschäftes den Tatbestand dieser Strafnorm verwirklichen. Ob dieser Anschein der wahren Struktur des Verbotes entspricht oder aber eine Beziehung zwischen Rechtsgeschäft und Gesetzesverstoß besteht, wie sie bei dem "betrügerischen Rechtsgeschäft" anzutreffen ist, soll anhand eines Vergleiches zwischen dem Wucherdelikt einerseits und den Vergehen des Betruges bzw. der Erpressung andererseits herausgearbeitet werden.

---

[120] Vgl. dazu die Darstellung bei Goltdammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preußischen Staaten, Band 2, 1852, S.532ff.; insbesondere S.547 zur Frage des "Eingehungsbetruges".

1. Gemeinsamkeiten und Eigenarten der "abgewucherten" Leistungsversprechen einerseits und der durch Täuschung oder Drohung beeinflußten Verpflichtungsgeschäfte andererseits:

a) Die durch die §§ 253, 263 und 302 a StGB geschützten Rechtsgüter und das Wesen der gegen sie vorgetragenen Angriffe:

Gemeinsam ist allen drei Strafnormen, daß sie das Vermögen schützen sollen[121]. Allerdings verlangen nur die §§ 253, 263 StGB den Eintritt eines Vermögensschadens, soll ein vollendetes Delikt vorliegen. Für § 302 a ist dies nicht erforderlich[122], der Wucher somit ein "Vermögensgefährdungsdelikt".

Bestehen auch weitgehende Gemeinsamkeiten im Hinblick auf den Schutzzweck der Vorschriften, so gilt dies bezüglich der durch sie pönalisierten Tathandlungen nur in sehr eingeschränktem Maße.

Betrüger und Erpresser manipulieren die Willensbildung bzw. Willensbetätigung ihres Opfers. Sie veranlassen es dadurch zu vermögensschädigenden Verhaltensweisen, die unterbleiben würden, befände sich die betroffene Person nicht in einer durch die Täter geschaffenen Ausnahmesituation.

Beim Wucher bietet sich - aus zwei Gründen - ein anderes Bild. Zunächst einmal trifft der Rechtsbrecher hier auf ein Gegenüber, das ihm - entweder aufgrund einer ungünstigen äußeren Lage[123] oder aber wegen bestimmter intellektueller bzw.

---

121 Schönke/Schröder/Stree, StGB, 20.Aufl., 1980, § 302 a, Anm.2.

122 Schönke/Schröder/Stree, a.a.O.

123 Der "Zwangslage" iSd § 302 a StGB, die regelmäßig wirtschaftlicher Natur ist, es jedoch nicht notwendig zu sein braucht (Schönke/Schröder/Stree, StGB, 20.Aufl., 1980, § 302 a, Anm.23).

psychischer Schwächen[124] - eo ipso unterlegen ist, ohne daß der Täter für die von ihm ausgenutzten Umstände verantwortlich zu machen wäre. - Ein weiterer, für den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung entscheidender Gesichtspunkt folgt jedoch aus der Natur derjenigen Faktoren, die die Willensbildung des Bewucherten verfälschen. Sie unterscheiden sich nämlich - wie noch im einzelnen darzulegen sein wird - strukturell wesentlich von den Einflüssen, denen ein Getäuschter bzw. Bedrohter unterliegt. Und das wiederum ist ausschlaggebend für die Beantwortung der nunmehr zu erörternden Frage, welchen Einfluß das "Abwuchern" eines - zunächst noch nicht erfüllten - Leistungsversprechens auf den aktuellen Vermögensstand des Opfers ausübt.

b) Die Auswirkungen abgewucherter Leistungsversprechen einerseits und erschlichener bzw. erpresster Verpflichtungserklärungen andererseits auf das Vermögen des Betroffenen:

Bei Versuchen, den Standort des Wucherdelikts zu bestimmen[125], findet sich häufiger das Argument, der wesentliche Unterschied zwischen diesem Typus strafbaren Angriffes auf fremdes Vermögen und jenen beiden anderen Tatbeständen sei darin zu erblicken, daß der Wucherer eine von ihm vorgefundene Situation ausnutze, während Betrüger bzw. Erpresser sich die für sie günstige Lage erst einmal schaffen müßten. - Demgegenüber geht man für die Person des Opfers davon aus, daß die bei ihm anzutreffende Verfälschung der Willensentscheidung in allen drei Fällen von grundsätzlich vergleichbarer Art sei. So wer-

---

[124] Es handelt sich dabei entweder um "Unerfahrenheit","Mangel an Urteilsvermögen" oder "erhebliche Willensschwäche".

[125] Vgl. dazu: Isopescul-Grecul, Wucherstrafrecht, 1906, S.323 sowie Kohler, Einführung, 2.Aufl., 1905, S.180 (§94).

den die im Wuchertatbestand genannte "Zwangslage"[126] mit dem Genötigtsein durch Gewalt oder Drohung und die "Unerfahrenheit"[127] mit dem durch Täuschung verursachten Irrtum gleichgesetzt.

Soweit es um die Abgabe des Leistungsversprechens geht, ist dieser Ansicht zu folgen. Denn in diesem Stadium der Täter-Opfer- Beziehung ähnelt die vom Wucherer vorgefundene Lage seines Gegenüber tatsächlich weitgehend[128] der, die als Ergebnis betrügerischer bzw. erpresserischer Manipulationen der Willensbildung anzutreffen ist.

Jedoch reicht das Leistungsversprechen für sich genommen nicht aus, das Vermögen des Bewucherten zu dezimieren. Vielmehr kommt ihm nur insoweit eine Bedeutung zu, als es die in der späteren Hingabe der wucherischen Leistung enthaltene unmittelbare Einbuße vorzubereiten vermag[129].

Hier nun zeigt sich eine Besonderheit, die die Situation des Bewucherten grundlegend von der eines Betrogenen oder Erpressten unterscheidet. Irrtum und Furcht veranlassen - solange sie fortwirken - das Opfer nicht nur zur Abgabe eines Leistungsversprechens, sondern auch dazu, die sich hieraus ergebenden "Pflichten" zu erfüllen.

---

126 Isopescul-Grecul, Wucherstrafrecht, 1906, S.323.

127 A.a.O.

128 Allerdings unterscheiden sich Irrtum und Furcht von Unerfahrenheit, Willensschwäche etc. darin, daß sie unmittelbar die Willensbildung des Betroffenen beeinflussen, während die zuletzt genannten "Störfaktoren" nur die Motivation bestimmen.

129 Dies zeigte sich ja schon bei dem zuvor untersuchten Komplex des "betrügerischen Rechtsgeschäftes". Dort bringt die Vornahme des Rechtsgeschäftes einen sinnhaften Lebensvorgang zustande, der unter Umständen faktisch zu Lasten des Betrogenen fortwirkt, wenn dieser selbst den Irrtum bemerkt und seine rechtliche Bindung im Wege der Anfechtung beseitigt hat.

Demgegenüber haben die für die Motivation des Bewucherten entscheidenden Einflüsse eine solche Wirkung selbst dann nicht, wenn sie bis zum Zeitpunkt der Leistungshandlung bestehen bleiben sollten. Denn sowohl das Vorhandensein einer Zwangslage als auch Unerfahrenheit, mangelndes Urteilsvermögen und Willensschwäche lenken den Bewucherten zwar dahin, auf die vom Täter gestellten Bedingungen einzugehen, sie veranlassen ihn aber nicht dazu, die einmal zugesagte Leistung auch tatsächlich zu erbringen[130].

Dieser Zusammenhang soll zunächst einmal am Beispiel eines wucherischen Kredites dargestellt werden, bei dem sich der Darlehensnehmer aus einer wirtschaftlichen Zwangslage heraus auf den Abschluß des Geschäftes einläßt.

Seine Entscheidung wird von zwei Vorstellungen geprägt: Zum einen sieht sich der künftige "Vertragspartner" des Täters einer bedrängenden finanziellen Notsituation gegenüber. Zum anderen hofft er, seine nachteilige Lage mit Hilfe der vom Wucherer zu überlassenden Darlehensvaluta beseitigen oder doch wenigstens abmildern zu können. Das dem Wucherer gegenüber abzugebende Leistungsversprechen soll diesen zum Bereitstellen der so dringend benötigten Geldmittel veranlassen. Es bildet also die Vorbedingung, die das Opfer erfüllen muß, soll ihm die (allein) vom Täter angebotene Leistung zur Verfügung stehen. Ist der Kreditnehmer nun aber in den Genuß des Kapitals gelangt, so verlieren die Motive, die bisher sein Handeln bestimmten, ihre Bedeutung. Der Täter, der zuvor über die für den Bewucherten wichtigen Geldmittel verfügte und auch bereit war, sie ihm unter bestimmten Konditionen zu überlassen, ist nunmehr lediglich dessen lästiger Gläubiger. Es würde evidentermaßen zu einer Verschlechterung der Vermögenslage führen,

---

130 Vgl. zu dieser Frage die Urteilsanmerkung von Alsberg, JW 1926, 2187, S.2188 (zum Urteil des RG v. 29.4.1926, abgedruckt a.a.O.).

käme der Darlehensnehmer dem auf Rückzahlung der Valuta und Begleichen der Zinsforderungen gerichteten Begehren nach.

Prinzipiell nicht anders stellt sich die Lage bei wucherischen Absprachen dar, in deren Verlauf Täter und Opfer die einander zugesagten Leistungen entweder "Zug um Zug" austauschen oder der Bewucherte sogar in Vorleistung geht. Denn auch hier werden das Leistungsversprechen bzw. die versprochene Leistung selbst nur im Hinblick auf das erwartete Gegenverhalten des Täters erbracht. Hat dieser selbst geleistet, so entfällt jedwede Motivation für das Opfer, die eigene Leistung noch zu erbringen oder aber das bereits Geleistete beim Täter zu belassen.

Die Beziehung des Bewucherten zum Leistungsversprechen einerseits und zur Leistung andererseits stellt sich in den Fällen der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen und der erheblichen Willensschwäche ebenso dar wie beim zuvor erörterten Sachverhalt des Ausbeutens einer Zwangslage. Auch jene subjektiven Elemente verleiten zwar zum Eingehen nachteiliger Verpflichtungen, nicht aber zum Erfüllen derselben[131].

Es könnten mithin von dem Leistungsversprechen nur rechtliche Gefahren ausgehen, würde die Rechtsordnung es anerkennen. Dies ist aber, wie § 138 Abs.2 BGB zeigt, nicht der Fall. So betrachtet wird allerdings der Sinn des § 302 a StGB fragwürdig, lassen sich doch offensichtlich die rechtlichen Wirkungen des Wuchers problemlos durch Vorschriften wie die des § 138 BGB abwehren.

---

[131] Alsberg, JW 1926, 2187, S.2188:

> "Daß Leichtsinn oder Unerfahrenheit, eine Verpflichtung einzugehen, nicht den Leichtsinn ihrer Erfüllung, sondern regelmäßig das Gegenteil im Gefolge haben, ist mir in jedem Falle sicher."

2. Das Verhältnis des strafrechtlichen Wucherverbotes (§ 302 a StGB) zur zivilrechtlichen Wucherregelung (§ 138 Abs.2 BGB):

Bei dem Versuch, den Sinn strafrechtlicher Wucherverbote herauszuarbeiten, sieht man sich folgender Situation gegenüber: Da die besondere Lage des Bewucherten diesen zwar zur Abgabe von Leistungsversprechen, nicht aber zur Erfüllung derselben motiviert, reicht prima facie eine zivilrechtliche Nichtigkeitsanordnung aus, um die vom Wucher ausgehenden Gefahren abzuwehren.

Ein Blick auf die Anfänge des modernen Wucherstrafrechtes[132] zeigt jedoch - zumindest vordergründig - ein vollkommen anderes Bild. Zu jener Zeit nämlich galt das strafbewehrte Wucherverbot als das primäre Mittel zur Bekämpfung dieses sozialen Phänomens. Die zivilrechtliche Regelung der Wucherfrage sollte demgegenüber eine - wenn auch notwendige und für wichtig erachtete[133] - Ergänzung jener Maßnahmen darstellen.

Betrachtet man nun aber die Gründe, die die Schöpfer der Wucherstrafvorschriften für die Notwendigkeit solchen Vorgehens anführten, so wird jedenfalls deutlich, daß nicht die Entgegennahme des Leistungsversprechens, sondern andere, sich hieran anschließende, Verhaltensweisen des Wucherers das strafwürdige und strafbedürftige seiner Tat ausmachen.

---

132 Vgl. zur Geschichte der Wuchergesetzgebung: Isopescul-Grecul, Wucherstrafrecht, 1906, S.27ff. sowie S.194ff. zur Entstehung der Reichswuchergesetze vom 24.5.1880 (RGBl. S.109ff.) und 19.6.1893 (RGBl. S.197ff.); Rühle, Das Wucherverbot, 1978, S.25ff., insbesondere S.27f.

133 Vgl. die amtliche Begründung zum Reichswuchergesetz von 1880, Reichstagsverhandlungen, 4.Legislatur Periode, III.Session, 1880, Aktenstück Nr.58, S.375.

Zwar hielt man ein Wucherverbot unter anderem auch deshalb für erforderlich, weil die gegen Betrug und Erpressung gerichteten Strafvorschriften in den Fällen des Bewucherns nur selten zur Anwendung gelangen könnten, seien doch die das Opfer zu seinem Verhalten bestimmenden Umstände oftmals nicht vom Täter durch Täuschung oder Drohung herbeigeführt[134]. Dieses Argument ist insoweit überzeugend, als es um die Abgabe von Leistungsversprechen geht. Denn sicherlich weist die Willenserklärung des Bewucherten andersstrukturierte - wenngleich nicht weniger gewichtige - Mängel auf als die des Betrogenen oder Erpressten. Jedoch sind diese Unterschiede nur im zivilrechtlichen Bereich von Belang. Hier bedarf es über die Regelung des § 123 BGB hinausgehend einer besonderen Norm, die das Opfer des Wucherers von der rechtlichen Bindung an sein Versprechen freistellt. Schafft der Gesetzgeber aber, wie durch § 138 Abs.2 BGB geschehen, eine entsprechende Spezialvorschrift[135], so ist auf diesem Wege zunächst einmal hinreichend für den Schutz des Bewucherten gesorgt. Denn dessen fehlgeleitete Motivation wird ihn - wie oben[136] dargestellt - nicht dazu bringen, das abgewucherte Leistungsversprechen auch zu erfüllen. Nicht Unerfahrenheit, Not etc. ermöglichen es dem Wucherer, ungeachtet der zivilrechtlichen Unwirksamkeit des Leistungsversprechens in schädigender Weise auf das Vermögen des anderen einzuwirken. Hierfür entscheidend sind vielmehr Faktoren, die sich mit den das Leistungsversprechen verfälschenden Störeinflüssen nicht gleichsetzen lassen.

---

134 Bericht der XII. Reichstagskommission, Reichstagsverhandlungen, 4.Legislatur Periode, III.Session, 1880, Aktenstück Nr.58, Anlage B, S.384 R.S.

135 Anstelle der im BGB gewählten Nichtigkeitsanordnung sind auch andere Möglichkeiten zivilrechtlicher Reaktion vorstellbar. So gewährt etwa Art.21 des schweizerischen Obligationenrechtes dem Bewucherten ("Verletzten") die Möglichkeit, sich binnen Jahresfrist von dem ihn benachteiligenden Vertrag zu lösen und das Geleistete zurückzuverlangen.

136 Siehe oben S.124ff.

Von welcher Art sie sind, kommt in den Materialien zu den Wuchervorschriften nur andeutungsweise zum Ausdruck. Wie sich der Gesetzgeber die psychische Situation des bewucherten Opfers zum Zeitpunkt der Erfüllungshandlung vorstellte, ergibt sich aus der mehr beiläufigen Bemerkung der im Jahre 1879 mit dem Entwurf eines Wuchergesetzes befaßten Reichstagskommission[137], der Schuldner bzw. sogar dessen Familienangehörigen kämen häufig den Forderungen des Täters nach, um die "gesellschaftliche Stellung" und die "Familienehre" zu retten.

Nun ist aber ein derartiger Vorgang gesellschaftlicher Diskriminierung kaum denkbar, bliebe der Geschäftsschluß dritten Personen unbekannt. Da jedoch der Schuldner selbst kaum ein Interesse daran haben kann, seine angespannte Finanzlage Unbeteiligten zu offenbaren, muß es regelmäßig wohl der Täter sein, der für eine entsprechende "Publizität" sorgt. Droht dieser dem Bewucherten nun gar damit, die Diskretion nicht mehr zu wahren, falls die Erfüllung seiner Forderung unterbleibe, so würde ein solches Verhalten als Erpressung zu qualifizieren sein[138].

Aber auch dann, wenn nicht vom Wucherer gesteuerte soziale Faktoren den Schuldner zur Leistung "nötigen", müssen diese dennoch jedenfalls so geartet sein, daß die Erfüllung des Leistungsversprechens sie tatsächlich - oder auch nur vermeintlich - in einer für das Opfer günstigen Weise zu beeinflussen vermag. Die Person des Täters spielt also stets eine gewisse Rolle, mag er sich auch nicht gerade als Betrüger oder Erpresser betätigen.

---

137 Reichstagsverhandlungen, 4.Legislatur Periode, III.Session, 1880, Aktenstück Nr.58, Anlage B, S.388.

138 Das Urteil RGSt 64, 379 (v. 20.10.1930), S.380/381, sah beispielsweise schon in der Ankündigung, kompromittierende Aufsätze veröffentlichen zu wollen, eine Drohung im Sinne der §§ 240, 253 StGB.

Deutlicher noch als bei der gegen den einfachen Wucher gerichteten Verbotsnorm kommt bei der Vorschrift, die das Abwuchern wechselmäßiger Leistungsversprechen untersagt[139], zum Ausdruck, welche von der Rechtsgeschäftlichkeit des Vorganges abstrahierbare Verhaltensweisen ungesetzlicher Natur mit diesem einhergehen können. So sah die Reichstagskommission den Grund für die erhöhte Strafwürdigkeit derartiger Delikte darin, daß "notorischer Weise" gewerbsmäßige Wucherer mit Vorbedacht erkennbar unechte Wechsel entgegennähmen, um den Schuldner so besonders fest an sich zu binden[140]. Diese "Bindung" an den Wucherer hat aber ihre Ursache in der Furcht des Opfers vor strafrechtlicher Verfolgung, die unmittelbar durch eine Anzeige des Täters oder mittelbar dadurch ausgelöst werden kann, daß er diejenigen Personen aus dem Wechsel in Anspruch zu nehmen versucht, deren Unterschriften das Opfer gefälscht hat.

Diese psychische Situation nutzt der Täter - mag er seinem Gegenüber nun im Sinne des § 253 StGB das Zufügen eines "empfindlichen Übels" in Aussicht stellen oder nicht - dazu aus, um seine rechtlich nicht anerkannte Forderung faktisch durchzusetzen.

3. Schlußfolgerung:

Die das Entgegennehmen wucherischer Leistungsversprechen untersagende Strafnorm dient also nicht der Abwehr unerwünschter Rechtsgeschäfte. Vielmehr soll sie tatsächliche Verhaltensweisen verhindern, mit deren Hilfe Wucherer oftmals die zivilrechtlichen Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers zu

---

139 § 302 a Abs.3 Nr.3 StGBn.F.; § 302 b StGB a.F.

140 Reichstagsverhandlungen, 4.Legislatur Periode, III.Session, 1880, Aktenstück Nr.58, Anlage B, S.389 R.S.

überspielen versuchen. Allerdings findet diese rechtspolitische Zielsetzung keinen unmittelbaren Ausdruck in der Konstruktion der Wuchertatbestände, reicht doch zu ihrer formalen Vollendung die bloße Vornahme entsprechender Rechtsgeschäfte aus, ohne daß im Einzelfall eine reale Gefährdung des Bewucherten hinzutreten müßte.

Eine derartige Divergenz von Normzweck und Normgestaltung ist jedoch im Strafrecht keineswegs selten, wie das Beispiel der abstrakten Gefährdungsdelikte zeigt. Denn auch diese Vorschriften untersagen bestimmte Handlungen im Hinblick auf die mit ihnen typischerweise verbundenen Gefahren. Ob dieses generelle Urteil stets gerechtfertigt ist, spielt für das Vorliegen des Gesetzesverstoßes keine Rolle[141].

IV. Die gegen § 115 Abs.2 S.1 Gewerbeordnung verstoßende Warenkreditierung an Arbeiter; die durch § 115 a Gewerbeordnung untersagte Lohnauszahlung in Gaststätten.

Gleichsam als Gegenstück zu § 302 a StGB, der die faktische Ausbeutung unterlegener Geschäftspartner im allgemeinen Rechtsverkehr unterbinden soll, erfüllen die §§ 115 Abs.2 S.1, 115 a GewO in der Sonderbeziehung zwischen dem Gewerbetreibenden und seinen Arbeitnehmern eine ähnliche soziale Schutzfunktion.

Gem. § 115 Abs.2 S.1 GewO darf der Gewerbetreibende seinen Arbeitnehmern keine Waren kreditieren. § 115 a untersagt es prinzipiell[142], den Lohn in Gaststätten oder Verkaufsstellen auszuzahlen.

---

141 Vgl. Schönke/Schröder/Cramer, StGB, 20.Aufl., 1980, vor §§ 306ff., Anm.3a. Dieser Gesichtspunkt wird noch für die Frage der Behandlung wegen ihres Inhaltes gesetzwidriger Rechtsgeschäfte von Bedeutung sein; siehe unten S.216ff.

142 § 115 a GewO gestattet allerdings abweichende Auszahlungsmodalitäten im Falle einer behördlichen Genehmigung.

1. Die äußere, auf ein Rechtsgeschäftsverbot hindeutende Struktur der §§ 115 Abs.2 S.1, 115 a GewO:

Ihrem Wortlaut nach verbieten die beiden Vorschriften der GewO die Vornahme von Rechtsgeschäften.

So besagt die allgemeine Sprachbedeutung der in § 115 Abs.2 S.1 GewO gewählten Formulierung "Sie dürfen den Arbeitnehmern keine Waren kreditieren", daß es den Gewerbetreibenden nicht erlaubt sei, mit den bei ihnen beschäftigten Personen Abzahlungsgeschäfte über bewegliche Sachen[143] abzuschliessen. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift wurde bis zum Jahre 1974[144] gem. § 146 Abs.1 Nr.1 GewO a.F. als Vergehen bestraft.

v. Tuhr[145] etwa führt die im Widerspruch zu § 115 vereinbarte Warenkreditierung als Beispiel für verbotene, jedoch wirksame Rechtsgeschäfte an, bestimme doch § 118 S.1 GewO, daß der betreffende Vertrag zwar gültig sei, die aus ihm entspringende Kaufpreisforderung gegenüber dem Arbeitnehmer aber nicht dessen Gläubiger, sondern gem. §§ 118 S.2, 116 S.2 GewO bestimmten Kassen[146] zustehe.

---

143 Nicht zu den"Waren" im Sinne des § 115 Abs.2 S.1 GewO zählen Grundstücke und Gesellschaftsanteile; sie können auch auf Kredit an Arbeitnehmer verkauft werden (vgl. Fuhr/Stahlhacke, GewO, Bd.3 (Stand: Mai 1973), § 115, Anm.IV).

144 Die Vorschrift wurde durch Gesetz v. 13.6.1974 (BGBl.I S.1281) ersatzlos gestrichen.

145 Allgemeiner Teil, II.Band, 2.Hälfte, 1.Aufl., 1918, S.5. Im gleichen Sinne äußern sich auch: Landmann/Rohmer/Neumann, GewO, Band II, 13.Aufl., Stand: Juli 1977, § 117, Anm.6 und § 118, Anm.2; Fuhr/Stahlhacke, a.a.O.(N.143),§§ 115 a - 119, Anm.III; BAG v. 20.3.1974, AP Nr.1 (Bl.3) zu § 115 GewO m.w.N.

146 Es handelt sich hierbei entweder um die Krankenkasse des Arbeitnehmers oder eine von der Gemeinde zu bestimmende Kasse oder den Träger der Sozialhilfe.

Auch die § 115 a GewO zuwiderlaufende Lohnauszahlung wird von der Literatur[147] als ein verbotenes Rechtsgeschäft qualifiziert. Allerdings verneint man angesichts der Einseitigkeit des Gesetzesverstoßes, daß die auf verbotene Weise vorgenommenen Zahlungen zivilrechtlich unwirksam seien[148].

2. Die innere Struktur der §§ 115 Abs.2 S.1, 115 a GewO:

Ungeachtet ihres Wortlautes ist jedoch bei beiden gewerberechtlichen Vorschriften fraglich, ob sie tatsächlich die Vornahme von Rechtsgeschäften untersagen sollen oder aber - in ähnlicher Weise wie die Wucherverbote des Strafrechts - dazu bestimmt sind, mißbilligte Verhaltensweisen tatsächlicher Natur abzuwehren, die mit jenen Rechtsgeschäften zwar nicht denknotwendig zusammentreffen, sich aber gleichwohl oftmals im Zusammenhang mit ihnen ereignen.

§ 115 Abs.2 S.1 GewO ergänzt das in § 115 Abs.1 enthaltene Gebot, daß der Gewerbetreibende die Löhne seiner Arbeitnehmer in barem Gelde auszuzahlen habe. Wäre eine Warenkreditierung zulässig, so könnte der Arbeitgeber erreichen, daß der Arbeitnehmer statt des ihm zustehenden Geldes Bedarfsgüter erhält, wird doch die Kaufpreisforderung oftmals im Wege der Aufrechnung mit dem Lohnanspruch erfüllt werden[149].

---

147 Vgl. Landmann, a.a.O.(N.145),§ 115 a, Anm.2; Fuhr, a.a.O. (N.145) Anm.I 3 und II 2.

148 Wie N.147

149 Fuhr/Stahlhacke, GewO, Bd.3, Stand: Mai 1973, § 115, Anm.IV; Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd.I, 7.Aufl., 1963, § 45 I 3 b, S.357; Landmann/Rohmer/Neumann, GewO, Bd.II, 13.Aufl., Stand: Juli 1977, § 115, Anm.38.

Daß eine bloß zivilrechtliche Regelung nach der Art des § 118 GewO nicht ausreicht, um dem Arbeitnehmer den notwendigen Schutz zu gewähren, liegt an der Struktur seines Verhältnisses zu dem Gewerbetreibenden. Aufgrund der regelmäßig vorhandenen sozialen Abhängigkeit des Arbeitnehmers bestünde nämlich die Gefahr, daß die dem Arbeitgeber nicht zustehenden Ansprüche faktisch mit subtilen, hier noch eher als im Falle des Wuchers unter der Grenze von Betrug oder Erpressung bleibenden Mitteln durchgesetzt werden[150].

§ 115 Abs.2 S.1 GewO untersagt mithin - hierin der Konzeption abstrakter Gefährdungsdelikte vergleichbar - das Rechtsgeschäft des Warenkredites im Hinblick auf mögliche sozialschädliche Verhaltensweisen des Gewerbetreibenden. Aller dings ist das reale Vorhandensein einer solchen Gefahr nicht erforderlich, um den Tatbestand des § 115 Abs.2 S.1 bzw. den der hiermit früher korrespondierenden Strafnorm des § 146 Abs.1 Nr.1 GewO zu verwirklichen[151].

Fragwürdiger noch als bei § 115 Abs.2 S.1 GewO ist die Verwendung des Begriffes "verbotenes Rechtsgeschäft" im Zusammenhang mit § 115 a GewO[152]. Betrachtet man den Vorgang der Lohnauszahlung, so weist dieser in zweifacher Beziehung rechtsgeschäftlichen Charakter auf. Zum einen ist in ihm ein dingliches Geschäft enthalten: nämlich die Übereignung von

---

150 Es ist daher allerdings fraglich, ob das heute sanktionslose Verbot - sanktionslos in strafrechtlicher Beziehung - noch praktische Wirkungen entfalten kann.

151 So entschied das RG in seinem Urteil vom 19.4.1909 (RGSt 42, 298, S.299/300), daß ein strafbarer Verstoß gegen die §§ 125 Abs.2 S.1, 146 Abs.1 Nr.1 GewO auch dann zu bejahen sei, wenn das Kreditieren von Waren im Einzelfall für die Arbeitnehmer keine nachteiligen Folgen habe.

152 Siehe die Nachweise in N.147 auf S.133.

Geldmitteln in Höhe der geschuldeten Vergütung. Zum anderen soll die Hingabe der Gelder das Erlöschen des Lohnanspruches bewirken. Hierdurch erhält die Handlung des Gewerbetreibenden - ist sie auch nach heute herrschender Auffassung[153] nicht mehr als Offerte auf Abschluß eines Erfüllungsvertrages mit dem Arbeitnehmer anzusehen - einen spezifisch rechtlichen Bezug, knüpfen sich doch in Anerkennung seiner Willensentscheidung[154] die Rechtsfolgen des § 362 Abs.1 BGB an sie.

Das Urteil, der Gewerbetreibende nehme unter den Voraussetzungen des § 115 a GewO ein "verbotenes Rechtsgeschäft" vor, kann sich - wenn überhaupt - sinnvollerweise nur auf die zweite Komponente der Erfüllungshandlung beziehen. Denn dem dinglichen Geschäft können evidentermaßen keine vom Gesetzgeber mißbilligte Wirkungen anhaften, verbessert dieses doch lediglich die Vermögenslage des Arbeitnehmers. Das Auszahlen des Lohnes ist aber auch unter dem Gesichtspunkt der mit ihm angestrebten Liberation von der Verbindlichkeit gegenüber dem Arbeitnehmer nicht als verbotswidrige rechtsgeschäftliche Betätigung zu werten. Verboten ist nämlich nicht der Vorgang des Auszahlens, sondern die durch die Wahl des Auszahlungsortes ermöglichte Einflußnahme auf den Beschäftigten, sein zuvor erhaltenes Lohngeld sofort für wenig sinnvolle Anschaffungen wieder auszugeben. Diese vom Gesetz mißbilligte Manipulation schließt sich also an die für sich genommen statthafte Handlung des Auszahlens an. Der soeben dargelegte Zusammenhang zwischen beiden Geschehensabläufen wird lediglich dadurch verdeckt, daß der Gewerbetreibende die der späteren Beeinflussung dienenden Maßnahmen zeitgleich mit der Auszahlung durchführt.

---

153 Vgl. zu dieser Frage etwa die Darstellung bei Larenz, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 12.Aufl., 1979, § 18 I, S.194ff.

154 Vgl. Larenz, a.a.O. S.198.

So betrachtet stellt die Formulierung des § 115 a GewO: "Lohn und Abschlagszahlungen dürfen in Gaststätten oder Verkaufsstellen nicht ... erfolgen" eine "falsa demonstratio" dar. Ihrem sachlichen Gehalt nach müßte sie etwa lauten:

> "Der Gewerbetreibende darf seine Arbeitnehmer nicht dadurch zu einer Verschwendung ihres Lohnes veranlassen, daß er diesen in einer Gaststätte oder Verkaufsstelle auszahlt."

Damit aber ist die Frage nach der Wirksamkeit entsprechender Zahlungen nicht mehr unter dem Gesichtspunkt des "verbotenen Rechtsgeschäftes" zu sehen. Vielmehr stellt sie sich dahin, ob die mit gesetzwidrigen tatsächlichen Handlungen verknüpfte Lohnzahlung noch geeignet sei, den Arbeitgeber von seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Arbeitnehmer zu befreien. Die Grundlage für eine Entscheidung über die Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit der Zahlung ist also nicht aus § 134 BGB, sondern solchen Normen zu entnehmen, die - wie beispielsweise § 266 BGB - regeln, in welcher Form eine geschuldete Leistung ordnungsgemäß zu erbringen ist. Das Schuldrecht normiert die Frage des Leistungsortes nicht im Hinblick auf die in § 115 a GewO genannten Kriterien. § 116 GewO bestimmt zwar, daß Leistungen, die dem Barzahlungsgebot des § 115 Abs.1 GewO nicht genügen, keine schuldbefreiende Wirkung besitzen. Er läßt jedoch § 115 a GewO unerwähnt. Wegen des Fehlens einer das Schuldverhältnis auch in der Beziehung konkretisierenden Norm - und nicht im Hinblick auf die Einseitigkeit des Verbotsverstoßes[155] - ist davon auszugehen, daß der Arbeitnehmer

---

155 Hierauf aber hebt insbesondere Fuhr/Stahlhacke, GewO, Bd.3, Stand: Mai 1975, §§ 115 a - 119, Anm.II 2, ab. Landmann/Rohmer/Neumann, GewO Bd.II, 13.Aufl., Stand: Juli 1977, § 115 a, Anm.2, folgert zwar im Gegenschluß zu § 116 GewO auf die befreiende Wirkung der Zahlungen, sieht aber offenbar in § 116 eine "andere Regelung" im Sinne des § 134 BGB.

eine im Widerspruch zu § 115 a erfolgte Lohnzahlung als vertragsmäßige Leistung zu akzeptieren hat.

3. Schlußfolgerung:

Auch die §§ 115 Abs.2 S.1, 115 a GewO enthalten nur scheinbar das Verbot, bestimmte Rechtsgeschäfte vorzunehmen.

Eine Analyse der Normstruktur führte demgegenüber für § 115 GewO zu dem Ergebnis, daß das "verbotene" Warenkreditieren zum für sich genommen wertneutralen Ausgangspunkt unerlaubter, tatsächlicher Verhaltensweisen werden kann, deren für den Arbeitnehmer nachteilige Folgen sich nicht durch eine bloße die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes betreffende Regelung steuern lassen.

Eine noch weniger enge Beziehung zwischen dem dem Wortlaut der Norm nach "verbotenen Rechtsgeschäft" und dem tatsächlichen Regelungsgegenstand der Vorschrift offenbarte sich bei § 115 a GewO. Hier umschreibt der Verbotsausspruch nämlich nicht ein unerwünschtes Rechtsgeschäft bzw. die mißbilligten tatsächlichen Folgen eines Rechtsgeschäftes. Vielmehr richtet er sich gegen Handlungsweisen, die geeignet sind, die durch ein erlaubtes Rechtsgeschäft zugunsten des Arbeitnehmers herbeigeführten rechtlichen Folgen - Eigentum an den als Lohn erhaltenen Zahlungsmitteln - faktisch auf eine sozialadäquate Weise wieder zu beseitigen.

In den §§ 115, 115 a GewO findet sich eine - auch noch bei weiteren Normbeispielen anzutreffende[156] - Formulierungstechnik besonderer Art:

---

[156] Siehe unten S.141ff. und 153f.

Auf sprachlich sehr elegante, jedoch sachlich leicht mißzuverstehende Weise bezieht der Gesetzestext den Verbotsausspruch auf ein Rechtsgeschäft, das jedoch nicht dessen wirklichen Anknüpfungspunkt bildet, sondern gleichsam als "Kurzformel" die komplexen Lebenssachverhalte umschreibt, die die Norm in Wahrheit regeln soll.

V. Das - vormals - verbotene Rechtsgeschäft des Bettelns.

Eine - in dieser Beziehung - ähnliche Struktur weist auch die heute nicht mehr geltende Vorschrift des § 361 Nr.4 StGB[157] auf, die das Betteln untersagte.

Anerkanntermaßen[158] galt diese Vorschrift, deren Tatbestand derjenige erfüllte, der einen beliebigen Fremden unter Hinweis auf seine Bedürftigkeit um eine milde Gabe anging[159], als Verbot im Sinne des § 134 BGB. Daß die Wirksamkeit des als gesetzwidrig qualifizierten Schenkungsvertrages mit dem "Wohltäter" hiervon unberührt bleiben sollte[160], wurde neben anderem[161] auf die Einseitigkeit des Verbotsverstoßes zurückgeführt, untersage § 361 Nr.4 doch, "privatrechtlich gesprochen, nur den vom Bettler ausgehenden Antrag zum Abschluß eines Schenkungsvertrags"[162].

---

157 Gem. Art.19 Nr. 206 des Einführungsgesetzes zum StGB v. 2.3.1974 (BGBl.I S.469) wurde § 361 Nr.4 StGB ersatzlos gestrichen.

158 Vgl. Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil, 2.Halbband, 15.Aufl., 1960, § 190 II 2, S.1158; Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 134 Anm.36; Staudinger/Coing, BGB, 11.Aufl., 1957, § 134, Anm.12.

159 Dreher, StGB, 34.Aufl., 1974, § 361, Anm.4 B.

160 Vgl. die Nachweise in N.158.

161 Es wurde auch als Begründung angeführt, daß § 361 Nr.4 StGB eine "reine Ordnungsvorschrift" darstelle (vgl. Soergel/Hefermehl, a.a.O.).

162 Staudinger/Coing, a.a.O. (N.158).

Ein Blick auf die ratio des § 361 Nr.4 StGB zeigt jedoch, daß weder die Willenserklärung des um ein Almosen gebetenen Passanten noch die seines Gegenüber den von der Strafnorm zu regulierenden Übelstand bildete.

Der Spender handelte nicht contra legem, war es doch nicht Sinn des Bettelverbotes, etwa einer ungesteuerten Mildtätigkeit entgegenzuwirken[163].

Aber auch das Verhalten des Bittenden ist nicht im Hinblick auf seine Rechtsgeschäftlichkeit strafwürdig. Entscheidend hierfür sind vielmehr tatsächliche Umstände, die den Vorgang des "Anbettelns" oftmals begleiten, wenn sie auch nicht notwendig mit ihm zusammentreffen müssen. Die Schädlichkeit des Bettelns wurde nämlich in erster Linie[164] darin gesehen, daß die Bittsteller ihre Wünsche nicht selten in einer lästigen Weise vortragen. So unterließen es die Schöpfer des preußischen StGB, dessen §§ 341, 118 die Bettelei bzw. qualifizierte Formen derselben unter Strafe stellten, den Begriff des Bettelns gesetzlich zu definieren. Dabei leitete sie die Erwägung, "dem Richter müsse um so mehr das alleinige Ermessen darüber (ob eine strafwürdige Form des Erbittens von Almosen vorliege; d.Verf.) eingeräumt werden, als nach der Natur der Sache nur Fälle zudringlichen und unverschämten Bettelns zur Anzeige kämen"[165].

---

163 Das Schaffen einer Vorschrift mit dieser Zielrichtung wurde jedoch während des Dritten Reiches ins Auge gefaßt (vgl. dazu Bruniecki, Die Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen Betteln und dem strafbaren Betteln des § 361, Ziff.4 StGB, DRpfl. 1936, 465, S.466 R.S.U.).

164 Es finden sich in den Materialien zu den Bettelei-Vorschriften des preußischen StGB - Goltdammer, Band 2, 1852, S.198 Nr.I - Formulierungen, die die Möglichkeit andeuten, jene Strafnormen seien auch dazu bestimmt gewesen, eine Lebensführungsschuld des Bettlers zu ahnden.

165 A.a.O. S.200 Nr.II 3.

Begleiterscheinungen dieser Art bildeten aber wohl dann einen Ausnahmefall, wenn der Bittsteller und diejenige Person, die ihm ein Almosen gewähren sollte, in einer sozialen Beziehung standen, für die der Appell an fremde Mildtätigkeit nicht außergewöhnlich war. So verneinte das Reichsgericht[166] den Tatbestand der Bettelei für den Fall, in dem ein Handwerksgeselle bei einem fremden Meister um ein ortsübliches Geschenk vorgesprochen hatte. Dabei wies das Gericht in seiner Entscheidung ausdrücklich darauf hin, daß das zivilrechtliche Merkmal der Unentgeltlichkeit der vom Angeklagten begehrten Leistung gerade nicht das Wesen des Betteleideliktes ausmache[167].

Es ist also nicht die "Schenkungsofferte"[168] des Bettlers, die die Grenze des Erlaubten überschreitet. Vielmehr liegt sein Rechtsverstoß in den Verhaltensweisen, mit deren Hilfe er die um eine milde Gabe angegangene Person in zumindest lästiger Form veranlaßt, auf sein Angebot einzugehen.

Wie in den zuvor behandelten §§ 115, 115 a Gewerbeordnung so wurde auch in § 361 Nr.4 StGB ein - scheinbar - auf die rechtsgeschäftlichen Elemente des Lebensvorganges bezugnehmender Begriff gewählt, um über ihn - in Wahrheit - tatsächliche Unzuträglichkeiten zu erfassen.

---

166 RGSt 20, 434 (v. 6.6.1890).

167 A.a.O. S.435.

168 Oftmals dürfte das Verhalten des Bettlers, der mit seinem sprichwörtlichen "Hut" am Straßenrande sitzt, mangels Bestimmbarkeit des von ihm angesprochenen Personenkreises und der erwünschten Leistung als "invitatio ad offerendum" zu werten sein.

VI. Das gegen die §§ 456ff. BGB verstoßende Kaufgeschäft.

Gem. § 456 BGB "dürfen"[169] die in amtlicher Eigenschaft an einem Zwangsverkauf Beteiligten das ausgebotene Gut weder für sich noch für Dritte erwerben. § 458 ordnet an, daß ein gleichwohl geschlossener Kaufvertrag und das zu seiner Erfüllung vorgenommene Verfügungsgeschäft nur dann wirksam seien, wenn die an der Zwangsvollstreckung beteiligten Schuldner, Gläubiger oder Eigentümer ihre Zustimmung erklären. Es soll sich bei Käufen dieser Art um verbotswidrige Rechtsgeschäfte handeln, bei denen der Gesetzesverstoß jedoch - wie § 458 Abs.1 S.1 zeige - nicht zur uneingeschränkten Nichtigkeit führe[170].

Vergleicht man die §§ 456, 458 Abs.1 S.1 BGB etwa mit § 248 Abs.1 BGB, der im voraus getroffenen Zinseszinsvereinbarungen die Wirksamkeit abspricht - so leuchtet - zumindest auf den ersten Blick - nicht ein, warum sich die zuletzt genannte Norm mit einer bloßen Nichtigkeitsanordnung begnügen soll, während in jenen Vorschriften eine Zweigleisigkeit von Verbotsausspruch und Wirksamkeitsregelung anzutreffen ist. Denn hier wie dort geht es doch darum, eine rechtliche Bindung nicht oder nicht uneingeschränkt anzuerkennen, die eine

---

169 Dazu, welche Bedeutung diese Formulierung für die Frage der Verbotsfolgenermittlung besitzt, siehe unten S.253.

170 So etwa: Larenz, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II, S.377; Palandt/Heinrichs, BGB, 39.Aufl., 1980, § 134 Anm.2 a; Staudinger/Coing, BGB, 11.Aufl., 1957, § 134 Anm.9 (möglicherweise anders - jedoch nicht ganz deutlich - : Staudinger/Dilcher, BGB, 12.Aufl., 1979, § 134, Anm.14, wo § 456 anscheinend mit Rücksicht auf § 458 Abs.1 S.1 BGB nicht als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB angesehen wird).

der beteiligten Parteien in mißbilligter Weise belasten würde[171].

Nun löst allerdings der im Widerspruch zu § 456 BGB vorgenommene Kaufvertragsschluß[172] zuweilen nachteilige Folgen aus, die eine lediglich auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes einwirkende Norm allein nicht auszugleichen vermag:

Erwirbt nämlich eine der am Verkaufe amtlich beteiligten Personen die ausgebotene Ware, so werden hierdurch möglicherweise Interessenten vom Kaufe ausgeschlossen, die bereit gewesen wären, einen höheren als den nunmehr erzielten Preis zu zahlen. Diesem Fall trägt die Regelung des § 458 Abs.2 BGB zum Teil[173] Rechnung, die den gegen § 456 verstoßenden Käufer verpflichtet, für einen etwaigen Mindererlös aufzukommen, wird der mit ihm geschlossene Vertrag nicht genehmigt und daher ein neuer Verkauf durchgeführt. Hat der Erwerber schuldhaft gegen § 456 BGB verstoßen, so greift hinsichtlich

---

171 Es ist daher unverständlich, wenn v. Tuhr, Allgemeiner Teil, II 2, 1.Aufl., 1918, S.2 Text zu N.9, einerseits ausführt, es stelle einen "überflüssigen begrifflichen Rundgang" dar, aus § 248 zunächst ein Verbot des Zinseszinses zu entnehmen und hieraus über § 134 BGB auf die Nichtigkeit der Vereinbarung zu schließen, andererseits aber (a.a.O. N.13) § 456 BGB als Beispiel für ein rechtsgeschäftliches Verbot nennt.

172 Man kann hier nur in einem untechnischen Sinne von einem Kaufvertrag sprechen, da nach heute herrschender Auffassung zwischen dem Ersteher und dem Vollstreckungsorgan kein privatrechtlicher Vertrag zustande kommt, sondern vielmehr aufgrund von Hoheitsakten Rechtsbeziehungen begründet werden (vgl. dazu Staudinger/Köhler, BGB, 12.Aufl., 1978, § 456, Anm.2 sowie Vorbem. 28 zu § 433 m.w.N.).

173 Bei dem "Mindererlös", dessen Erstattung § 458 Abs.2 vorschreibt, handelt es sich offenbar um den Differenzbetrag zwischen dem Preis, zu dem die Amtsperson den Zuschlag erhalten hat, und dem Preis, der bei einem neuerlichen Verkaufsversuch schließlich erzielt wird.

weitergehender Schäden eine Haftung gem. § 823 Abs.2 BGB bzw. gem. § 839 BGB in Verbindung mit Art.34 GG ein[174].

Das in § 458 Abs.1 aufgestellte rechtsgeschäftliche Wirksamkeitserfordernis der Zustimmung aller Betroffenen einerseits und die von Abs.2 angeordnete Schadensersatzpflicht andererseits machen nun auch die Funktion des in § 456 ausgesprochenen Verbotes deutlich. Sein Sinn besteht nicht darin, das Zustandekommen eines schwebend unwirksamen Rechtsgeschäftes mit der kraft Gesetzes von dieser Art wirtschaftlicher Betätigung ausgeschlossenen Person zu verhindern. Vielmehr soll es gewährleisten, daß der Zwangsverkauf in einer für Schuldner, Gläubiger und Eigentümer optimalen Weise erfolgt, das Pfandgut also zu einem möglichst hohen Preise verwertet wird[175]. In den erwünschten reibungslosen Ablauf der Zwangsvollstreckung greift nun aber derjenige ein, der mitbietet, obgleich ihm § 456 BGB ein solches Verhalten im Hinblick auf eine mögliche, wenn auch nicht notwendige Kollision mit den Interessen jener Beteiligten untersagt. Das von dem Verbot abzuwehrende Übel besteht dabei nicht in dem Zustandekommen eines mißbilligten Rechtsgeschäftes, sondern darin, daß der inkompatibele Käufer den Abschluß eines ordnungsgemäßen Vertrages verhindert.

---

174 Vgl.Staudinger/Köhler, a.a.O., § 458, Anm.2. Unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt ist der Käufer also dazu verpflichtet, auch den Mehrbetrag zu erstatten, der hätte erzielt werden können, wäre es zu dem gesetzwidrigen Kaufvertrag gar nicht erst gekommen.

175 Die ratio der §§ 456ff. BGB kommt klar in der Äußerung der 1.Kommission, Motive II S.331 = Mugdan II S.184, zum Ausdruck, daß diese Vorschriften dem Schutze der am Verkauf Beteiligten dienen, deren Interessen sich möglicherweise von den der an der Zwangsvollstreckung mitwirkenden Amtspersonen unterscheiden.

Die Formulierung des § 456 BGB, die an der Zwangsvollstreckung beteiligten Amtspersonen dürften den angebotenen Gegenstand nicht "kaufen", bedeutet mithin ihrem sachlichen Gehalt nach, daß es den Betreffenden verboten sei, störend auf die sich anbahnenden Geschäftsbeziehungen zu akzeptablen Vertragspartnern einzuwirken.

VII. Die gegen § 270 des preußischen StGB verstoßenden "Winkelverträge" (pacta de non licitando).

Während sich die §§ 456ff. BGB mit Unzuträglichkeiten befassen, die den Verlauf einer Zwangsversteigerung unmittelbar beeinflussen, richtet sich § 270 des preußischen StGB[176] gegen Manipulationen, die außerhalb derartiger Veranstaltungen stattfinden, jedoch auf deren wirtschaftliches Resultat - wenn auch nur mittelbar, so doch - nachhaltig einwirken können. Die Vorschrift bestimmt:

> "Wer Andere vom Mitbieten oder Weiterbieten bei den von den öffentlichen Behörden oder Beamten vorgenommenen Versteigerungen, ..., durch Gewalt oder Drohung, oder durch Zusicherung oder Gewährung eines Vortheils abhält, wird mit Geldbuße bis zu dreihundert Thalern oder mit Gefängniß bis zu sechs Monaten bestraft."

Die Frage, ob die im Widerspruch zur 2.Alternative des § 270 geschlossenen "Winkelverträge" zivilrechtlich gültig seien, wurde zu Beginn des Jahrhunderts recht kontrovers behandelt[177]. Besonders interessant für die vorliegende Unter-

---

176 Es ist umstritten, ob diese Norm als landesrechtliche Vorschrift auch heute noch fortgilt (vgl. dazu die Nachweise bei Staudinger/Dilcher, BGB, 12.Aufl., 1979, § 134, Anm.32).

177 Vgl. dazu: Lehmann, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, 1906, S.147ff., mit umfassenden Nachweisen.

suchung ist der Beschluß des Reichsgerichts vom 17.3.1905[178]. Hierin bejahen die Vereinigten Zivilsenate die Wirksamkeit der pacta de non licitando[179]. Sie begründeten ihre Entscheidung damit, daß § 270 nicht das Rechtsgeschäft selbst verbiete, sondern "die Tätigkeit des einen Kontrahenten und nur diese, nämlich (die) desjenigen, der vom Bieten abgehalten hat"[180], unter Strafe stelle. Mit dieser Erwägung beschritt das Reichsgericht einen atypischen Weg, folgerte es doch aus der Einseitigkeit des Gesetzesverstoßes darauf, daß das Rechtsgeschäft als ganzes erlaubt sei. Demgegenüber wurde[181] und wird[182] ein Rechtsgeschäft gemeinhin auch dann als "verbotenes" im Sinne des § 134 BGB qualifiziert, wenn auch nur eine der in ihm enthaltenen Willenserklärungen gesetzwidrig ist[183]. Die Einseitigkeit des Verstoßes wird nach herrschender Auffassung[184] erst für den Aspekt der Gültigkeit des als gesetzwidrig eingestuften Geschäftes bedeutsam.

Das Reichsgericht ging also in seinem Plenarbeschluß[185] offensichtlich davon aus, daß die Abgabe der Willenserklärung desjenigen, der sich von seinem Geschäftspartner in vertragsmäßiger Form versprechen lasse, nicht mitzubieten, gleichzeitig die Handlung darstelle, die § 270 des preußischen StGB

---

178 RGZ 60, 273ff.

179 A.a.O. S.279.

180 A.a.O. S.279.

181 Vgl. Motive I S.210 = Mugdan I S.468.

182 Vgl. etwa BGHZ 46, 24 (v. 1.6.1966), S.26 m.w.N.

183 Allerdings bahnt sich insoweit, wie etwa die Ausführungen bei Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 134, Anm.18, zeigen, eine Änderung an, als man einseitige Verbotsverstöße in gewissen Fällen von den mit ihnen zusammentreffenden Rechtsgeschäften abstrahiert.

184 Vgl. etwa: Erman/H. Westermann, BGB, 6.Aufl., 1975, § 134, Anm.7, Palandt/Heinrichs, BGB, 39.Aufl., 1980, § 134, Anm. 2 a jeweils mit weiteren Nachweisen.

185 RGZ 60, 273ff.

mit Strafe bedrohe. Es folgte damit einer Entscheidung aus der Zeit vor In-Kraft-Treten des § 134 BGB[186], in der ebenfalls ein pactum de non licitando mit der Erwägung für wirksam erklärt wurde, daß § 270 "... nicht die Abschließung derartiger Verträge überhaupt, sondern ... die darin zu Tage tretende Thätigkeit des einen Kontrahenten ..."[187] untersage.

Gegen diese Betrachtungsweise wurde nun nicht zu Unrecht der Einwand erhoben, die von der einen Partei durch die Abgabe ihrer Willenserklärung verübte Straftat stehe dem Gesamtrechtsgeschäft nicht selbständig gegenüber[188]. Denn wenn das Gesetz bestimmte Verhaltensweisen im Hinblick auf die mit ihnen angestrebten rechtlichen Folgen verbietet, so wird es wohl kaum das durch sie hervorgebrachte Rechtsgeschäft selbst als ordnungsgemäß qualifizieren.

Es ist jedoch fraglich, ob das Verbot des § 270, "... Andere vom Mitbieten oder Weiterbieten ... durch Zusicherung oder Gewährung eines Vorteils ..." abzuhalten, die Abgabe der Willenserklärung desjenigen erfaßt, der sich die Nichtteilnahme an einer Zwangsversteigerung versprechen läßt. Um dieses Problem abzuklären, bedarf es zunächst eines Blickes auf die spezifisch strafrechtlichen Eigenheiten des § 270, da sie auch die Wechselbeziehung zwischen einem tatbestandsmäßigen Verhalten im Sinne der Norm einerseits und einem mit ihm einhergehenden Rechtsgeschäft andererseits prägen.

---

186 RGZ 18, 219 (v. 17.5.1887), S.221.

187 A.a.O.

188 Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im Bürgerlichen Recht, AcP 92, 1902, 1, S.38.

1. Die spezifisch strafrechtlichen Eigenarten des § 270 des preußischen StGB:

§ 270 dient dazu, Zwangsversteigerungen gegen manipulatorische Einflüsse zu schützen, die deren Effektivität, d.h. die Höhe des Steigererlöses, mindern können. Allerdings setzt der Straftatbestand nicht voraus, daß dieser Erfolg auch in jedem Einzelfall eintritt[189].

Die erste Variante des § 270, die das Beeinflussen zum Mitbieten bereiter Personen durch Gewalt oder Drohung untersagt, betrifft einen Sachverhalt, bei dem sich die Teilnehmer und die Veranstalter einer Versteigerung - von der Warte des Strafgesetzgebers aus betrachtet - "in einem Lager" befinden. Der außenstehende Täter wirkt störend auf das potentiell mögliche Zustandekommen von Geschäftsbeziehungen zwischen beiden Parteien ein. Diesen Eingriff soll die Strafnorm - hierzu jedoch ausschließlich im Interesse der Nutznießer der Versteigerung, unter anderem zugunsten des sie betreibenden Gläubigers, geschaffen[190] - unterbinden.

Die zweite Variante des § 270 befaßt sich demgegenüber mit einem wesentlich komplizierter strukturierten Interessenkonflikt. Hier nämlich wirkt der Täter auf den Ablauf der Versteigerung ein, indem er einen potentiellen Teilnehmer durch finanzielle Anreize dazu veranlaßt, freiwillig kein Gebot abzugeben. Damit aber bilden die Veranstalter der Versteigerung einerseits und der "gekaufte" Teilnehmer andererseits keine Personengruppe mehr, deren - partiell - gleichgerichteten Interessen durch den Verstoß gegen § 270 verletzt werden könnten. Vielmehr zerschlagen sich die Gewinnchancen

---

189 Vgl. Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten, 5.Aufl., 1867, § 270, Anm.15.

190 Der Kauflustige selbst wird durch die Strafvorschriften über die Nötigung bzw. die Erpressung davor geschützt, von dieser Art wirtschaftlicher Betätigung gegen seinen Willen abgehalten zu werden.

der Versteigerer durch den freien Willensentschluß desjenigen, der als Käufer des Pfandobjektes zunächst einmal in Betracht gekommen wäre. Soweit dieser zu den Begünstigten der Zwangsversteigerung in keiner besonderen rechtlichen Beziehung steht - das ist etwa bei einem Miterben der Fall, der vor einer Auseinandersetzungsversteigerung ein pactum de non licitando schließt[191] -, stellt sein Verhalten auch keine Pflichtverletzung dar. Denn es ist jedermann grundsätzlich freigestellt, sich an einer Versteigerung zu beteiligen oder dies aber zu unterlassen. Das Vorgehen des "gekauften" Bieters ähnelt vielmehr dem eines Konsumenten, der mit einem wettbewerbswidrig handelnden Anbieter kontrahiert. Anders stellte sich allerdings die Rechtslage unter dem Vorläufer des § 270, der preußischen Verordnung vom 14.Juli 1797, dar, die beide Parteien eines pactum de non licitando mit Strafe bedrohte[192].

§ 270 poenalisiert demnach ein Handeln, durch das der Täter mit den Veranstaltern einer Versteigerung gleichsam in einen vom Gesetz mißbilligten "Konkurrenzkampf" tritt.

2. Die Bedeutung des § 270, eines "Konkurrenzverbotes", für die privatrechtliche Qualifizierbarkeit der Willenserklärung des Täters:

Der Nachteil, vor dem ein Konkurrenzverbot im eigentlichen Sinne[193] den Begünstigten schützen soll, besteht in dem Verlust an Erwerbschancen, der dadurch eintritt, daß der Norm-

---

191 Vgl. dazu: Lehmann, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, 1906, S.147.

192 Vgl. dazu die Ausführungen in RGZ 60, 273 (Beschluß v. 17.3.1905), S.277/278.

193 Ein solches regelt die Beziehung mehrerer Personen, die mit dem Angebot gleichartiger Leistungen in einen mißbilligten Wettbewerb zueinander treten.

adressat potentielle Geschäftspartner des anderen "abwirbt". In gleicher Weise wie derartige Verbote orientiert sich auch § 270 des preußischen StGB an bestimmten mißbilligten Erfolgen. Zwar fordert sein Tatbestand - wie bereits ausgeführt[194] - nicht, daß die Manipulation des Täters den finanziellen Erfolg einer Versteigerung in feststellbarer Form beeinträchtigt. Jedoch ist er nur dann verwirklicht, wenn das Versprechen bzw. Gewähren von Vorteilen tatsächlich den Grund dafür abgibt, daß der Bietwillige seinen Entschluß ändert[195]. Hingegen liegt nur der straflose Versuch eines Vergehens nach § 270 vor, wenn der andere ohnehin schon nicht mehr gewillt war, an der Versteigerung teilzunehmen[196].

Hieran zeigt sich aber, welchen Vorgang die Strafnorm verhindern soll: Sie ist nicht dazu bestimmt, das Zustandekommen der formellen Einigung zwischen dem Kauflustigen und dem Täter zu unterbinden. Denn von dieser Vereinbarung selbst gehen noch keine Folgen aus, die den Verlauf der Versteigerung nachteilig beeinflussen könnten. Vielmehr wird die Schwelle strafrechtlich relevanten Handelns erst dann überschritten, wenn der zum Mitbieten Bereite seine Willensrichtung tatsächlich dahingehend ändert, den Wünschen des Partners gemäß von der Versteigerung fernzubleiben. Dieses Verhalten ist aber nicht mehr Element des Vertragsschlusses, sondern leitet die Erfüllung der zuvor getroffenen Vereinbarung ein.

Von daher läßt sich nun auch die Willenserklärung des Täters qualifizieren. Gesetzwidrig ist nicht das Entgegennehmen des formellen Versprechens, sondern das Einwirken auf die Motivation des Geschäftspartners, dieses Versprechen auch zu erfüllen. Das pactum de non licitando enthält demnach keine deliktische Willenserklärung.

---

194 Siehe oben S.147 N.189.

195 Vgl. Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten, 5.Aufl., 1867, § 270, Anm.11f.

196 A.a.O., Anm.12.

Die Frage nach der Wirksamkeit derartiger Absprachen kann also nicht an das Kriterium ihres Verbotenseins anknüpfen. Jedoch ist damit noch nicht gesagt, daß dem Plenarbeschluß des Reichsgerichts[197] zu folgen sei, der derartige Verträge für gültig erklärte[198].

Eine rechtliche Anerkennung der pacta de non licitando ist in zwei Formen denkbar. Einmal könnten sie als gegenseitig verpflichtende Verträge für beide Parteien durchsetzbare Ansprüche auf die jeweils zugesagte Gegenleistung gewähren. Es läßt sich jedoch auch eine Teilwirksamkeit dergestalt vorstellen, daß aus der Vereinbarung nur für den Partner des Täters ein Anrecht auf das zugesagte Entgelt erwächst, hat er sich - ohne hierzu verpflichtet zu sein - dem Versprechen gemäß von der Versteigerung ferngehalten. Soweit die Gültigkeit der pacta de non licitando überhaupt bejaht wird, gehen die Vertreter dieser Auffassung von der Konstruktion eines einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäftes aus[199].

Beide Möglichkeiten sind jedoch im Hinblick auf den Verbotszweck des § 270 bedenklich. Da es diese Norm ja gerade untersagt, den Kaufinteressenten durch das In-Aussicht-Stellen von Vorteilen zu manipulieren, wäre es widersinnig, die hierdurch gegebenen Einflußmöglichkeiten des Täters noch um

---

197 RGZ 60, 273ff.

198 Dem Reichsgericht folgte z.B. noch in jüngerer Zeit das OLG Celle, NJW 1969, 1764 (v. 16.5.1969), S.1765.

199 Vgl. dazu: Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht, AcP 92, 1902, 1, S.32; Lehmann, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, 1906, 149. In der Rechtsprechung zu § 270 tritt dies allerdings nicht ganz deutlich zu Tage, da sich die obergerichtlichen Entscheidungen stets mit Fällen zu befassen hatten, in denen der Bietwillige sein Entgelt einklagte (im Urteil des OLG Celle läßt sich jedoch nur aus den Parteirollen erschließen, welche Seite Rechte aus dem pactum herleiten wollte).

das Mittel rechtlichen Zwanges zu erweitern. Aber auch eine Anerkennung der pacta als einseitig verpflichtende Rechtsgeschäfte würde die Intentionen der Strafvorschrift durchkreuzen. Hierdurch wäre es dem Täter nämlich verwehrt, von seinem Einwirken auf den "gekauften" Bieter wieder Abstand zu nehmen, bevor die Versteigerung stattgefunden hat und daher noch ein strafloser Versuch des Deliktes nach § 270[200] gegeben ist. Denn die rechtliche Verbindlichkeit des Versprechens würde - ohne Rücksicht auf die nunmehr geänderte Willensrichtung des Täters - für dessen Vertragspartner auch weiterhin einen Anreiz bieten, an der Versteigerung nicht teilzunehmen.

3. Schlußfolgerung:

Bei den pacta de non licitando hat man es nur scheinbar mit Rechtsgeschäften zu tun, die gegen ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB, nämlich die Strafvorschrift des § 270 des preußischen StGB, verstoßen. Das Herbeiführen der formellen rechtsgeschäftlichen Einigung stellt für keine der beteiligten Parteien eine gesetzwidrige Handlung dar. Denn § 270 richtet sich nicht gegen die Abnahme des Versprechens, in dem der Kauflustige zusagt, entgegen seiner bisherigen Absicht ein Mitbieten in der Versteigerung zu unterlassen. Vielmehr soll diese Norm verhindern, daß die für sich genommen strafrechtlich irrelevante Vereinbarung mit Rücksicht auf die vom Täter angebotenen Vorteile durchgeführt wird. Unterbleibt eine Teilnahme an der Versteigerung aus anderen Gründen oder behält sich der Vertragspartner insgeheim vor, seine Zusage nicht zu erfüllen, so liegt lediglich ein strafloser

---

200 Ein "Abhalten" vom Mitbieten kann nur dann erreicht werden, wenn die Versteigerung, auf die sich das pactum bezieht, stattfindet und der Kauflustige mit Rücksicht auf den ihm versprochenen Vorteil hieran nicht teilnimmt.

Versuch des Deliktes nach § 270 vor, obgleich der für einen Vertragsschluß notwendige Austausch entsprechender Willenserklärungen stattgefunden hat.

§ 270 dient also ebensowenig wie § 456 BGB, der - entgegen seinem auf ein Rechtsgeschäftsverbot hindeutenden Wortlaut - tatsächliches Einwirken auf die wirtschaftlichen Beziehungen von Versteigerer und Kaufinteressenten verhindern soll, der Abwehr unerwünschter rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen. Beide Normen richten sich vielmehr gegen reale Vorgänge, deren Gefährlichkeit nicht aus dem Herbeiführen eines formell vertragsmäßigen Konsenses herrührt.

VIII. Die gegen § 627 Abs.2 S.1 BGB verstoßende Kündigung zur "Unzeit".

Gem. § 627 Abs.2 S.1 BGB "darf" der in einem Dienstverhältnis höherer Art Stehende die Vertragsbeziehung "nur in der Art kündigen, daß sich der Dienstberechtigte die Dienste anderweit beschaffen kann ...". § 627 Abs.2 S.2 verpflichtet denjenigen, der unter Verstoß gegen die Regel des Satzes 1, also zur "Unzeit", kündigt, zum Ersatz des daraus (!) für den Vertragspartner entstehenden Schadens.

Nach durchgängiger Auffassung[201] spricht § 627 Abs.2 S.1 ein Verbot unzeitgemäßer Kündigung aus, dessen Verletzung jedoch die Wirksamkeit des unerlaubterweise vorgenommenen Rechtsgeschäftes nicht berühren soll. Danach hätte man es also mit einem im Sinne des § 134 BGB gesetzwidrigen, aber unter den Vorbehalt einer vom Nichtigkeitsgrundsatz abweichenden Regelung fallenden Gestaltungsakt zu tun.

---

201 Erman/ G.Küchenhoff, BGB, 6.Aufl., 1975, § 627, Anm.9; Palandt/Putzo, BGB, 39.Aufl., 1980, § 627, Anm.2 a und b; Soergel/Wlotzke-Volze, BGB, 10.Aufl., 1969, § 627, Anm.4; v. Tuhr, Allgemeiner Teil, II 2, 1.Aufl., 1918, S.2 N.13.

Nun ist es allerdings kaum vorstellbar, wie die bloße Abgabe einer Kündigungserklärung für den Dienstherrn als deren Adressaten schädliche Folgen zu haben vermag, die ein Verbot dieser rechtsgeschäftlichen Betätigung notwendig machen könnten.

Auf tatsächlich nachteilige Konsequenzen einer unzeitgemäßen Kündigung weist hingegen § 627 Abs.2 S.2 BGB hin:

Der Dienstberechtigte, beispielsweise der Mandant eines Rechtsanwaltes, erleidet unter Umständen erhebliche wirtschaftliche Nachteile, stellt der Vertragspartner seine Tätigkeit ein, ohne daß sich sofort ein Ersatz für ihn finden ließe. Hierbei handelt es sich aber nicht um die Wirkungen eines verbotswidrig vorgenommenen Rechtsgeschäftes. Nicht das Tun des Dienstverpflichteten bildet die Schadensursache; vielmehr ist diese in einem Unterlassen seinerseits zu suchen. Er unterläßt es nämlich, seine Aufgaben noch weiterhin solange wahrzunehmen, bis geeigneter Ersatz zur Stelle ist.

Der prima facie als Rechtsgeschäftsverbot ausgestaltete § 627 Abs.2 S.1 offenbart damit eine recht interessante Struktur. Diese Vorschrift begründet der Sache nach - um so die berechtigten Interessen des Dienstherrn an einer kontinuierlichen Erledigung seiner Geschäftsangelegenheiten zu wahren - für dessen Partner nachvertragliche Handlungspflichten. Ihr Wortlaut bringt den Gesetzesbefehl jedoch nicht unmittelbar in der Form eines entsprechenden Gebotes zum Ausdruck. Stattdessen "untersagt" er die Vornahme eines Rechtsgeschäftes, dessen Wirkungen darin bestehen würden, das Dienstverhältnis und damit alle Primärleistungspflichten der Beteiligten sofort enden zu lassen.

Die Schöpfer des § 627 BGB haben sich damit einer Gesetzestechnik bedient, die in ähnlicher Weise auch bei den §§ 115, 115 a der Gewerbeordnung[202] anzutreffen ist. Mit Hilfe einer

---

[202] Siehe oben S.137/138.

sehr eleganten, das wirklich Gewollte jedoch nur andeutenden Diktion werden Regeln aufgestellt, die Unzuträglichkeiten tatsächlicher Natur abwehren sollen, welche sich bei der Vornahme eines Rechtsgeschäftes oder im Anschluß hieran ereignen können. Der wahre Charakter der Norm tritt im Falle des § 627 Abs.2 BGB deshalb besonders wenig klar zu Tage, hat man es hier doch mit einer Kombination von scheinbarem Verbot rechtsgeschäftlicher Art und einem wirklichen, auf reale Handlungen bezogenen, Gebot zu tun.

Gleichwohl ist es - wie auch ein Blick in die Materialien zu § 627 zeigt[203] - jedenfalls nicht das Rechtsgeschäft des Kündigens, dem das Verbot (Gebot) gilt.

IX. Die gegen Preisgesetze verstoßende Vornahme von Rechtsgeschäften, eine Analyse am Beispiel der Höchstpreisvorschriften des 1.Weltkrieges.

Durch eine ähnliche Überlagerung in Wahrheit angeordneter Gebote bestimmter tatsächlicher Verhaltensweisen von - scheinbaren - rechtsgeschäftlichen Verboten, wie sie bei der zuvor untersuchten Norm anzutreffen war, zeichnen sich möglicherweise auch die Höchstpreisvorschriften des 1.Weltkrieges aus. Und hieraus wiederum könnte sich die Behandlung der im Widerspruch zu ihnen vorgenommenen, als "verbotswidrig" im Sinne des § 134 BGB qualifizierten Rechtsgeschäfte erklären lassen, die nach gefestigter Rechtsprechung des Reichsgerichtes[204]

---

203 Es geht im Gegenteil aus der Begründung der 1.Kommission zu dem mit § 627 Abs.2 BGB vergleichbaren § 671 Abs.2 BGB (§ 598 Abs.2/3 des 1.Entwurfes) klar hervor, daß es dem Gesetzgeber nicht um die Abwehr der Kündigung selbst zu tun war, sondern er nur Mißständen entgegenwirken wollte, die mit dem Rechtsgeschäft einhergehen können (Motive II S.546 = Mugdan II S.305).

204 Vgl. etwa: RG Z 89, 196 (v. 5.12.1916), S.198; 97, 82 (v. 24.10.1919), S.84; 98, 293 (v. 30.3.1920), S.294.

mit einem den Preisvorschriften entsprechenden Inhalt Bestand haben sollten.

1. Die Funktion der Höchstpreisvorschriften:

§ 1 des Höchstpreisgesetzes vom 4.August 1914[205] ordnete an, daß während der Dauer des Krieges Höchstpreise für die Gegenstände des täglichen Bedarfes festgesetzt werden könnten. § 6 des Gesetzes bedrohte denjenigen mit Strafe, der entweder (a.a.O. Ziffer 1) die nach § 1 festgesetzten Höchstpreise überschritt oder (a.a.O. Ziffer 2) einen anderen zum Abschluß eines Vertrages aufforderte, durch den die Höchstpreise überschritten wurden, oder sich zu einem solchen Vertrag erbot. § 4 räumte den dafür zuständigen Behörden die Möglichkeit ein, die Besitzer von den Preisvorschriften unterliegenden Gegenständen aufzufordern, diese zu den festgesetzten Höchstpreisen zu verkaufen. Im Falle einer Weigerung war die auffordernde Behörde berechtigt, die Gegenstände zu übernehmen und auf Rechnung sowie Kosten des Besitzers zu den gesetzlich vorgeschriebenen Preisen zu verkaufen. Dessen Verhalten wiederum erfüllte den Straftatbestand des § 6 Ziffer 4. Die §§ 2 und 3 des Höchstpreisgesetzes sahen schließlich die Möglichkeit der Enteignung[206] von Waren vor, deren Effizienz die Strafverbote des § 6 Ziffer 3 und 5 sicherten, in denen das Beiseiteschaffen, Beschädigen, Zerstören und Verheimlichen entsprechender Gegenstände untersagt wurde.

Der Zweck des Höchstpreisgesetzes mit diesem Netz einander ergänzender Ge- und Verbote bestand darin - so die amtliche Begründung[207] -, "... die Versorgung der Bevölkerung zu ange-

---

205 In der Fassung der Bekanntmachung vom 17.12.1914, RGBl. S.516ff.

206 Vgl. zum Charakter des § 2 die Nachweise bei Güthe/Schlegelberger, Kriegsbuch, Band 1, 1915, S.754/755.

207 Verhandlungen des Reichstages, 13.Legislatur Periode, II.Session, 1914, Aktenstück Nr.14, S.3.

messenen Preisen sicher zu stellen". Dabei gingen die Schöpfer dieser Normen davon aus, daß zunächst einmal das Verbot eines höchstpreiswidrigen Handelns genügen würde, um dieses Ziel zu erreichen[208]. Allerdings rechnete der Gesetzgeber durchaus auch mit der Möglichkeit, daß die Besitzer von Bedarfsgegenständen auf deren Verkauf verzichten könnten, "in der Hoffnung, sie später, wenn die Bedürfnisse noch dringlicher geworden (seien), unter der Hand oder sonstwie zu Wucherpreisen abzusetzen"[209].

Um ein derartiges "Unterlaufen"[210] der kriegswirtschaftlichen Maßnahmen zu verhindern, wurden die oben[211] erwähnten §§ 2, 3 und 4 des Höchstpreisgesetzes geschaffen.

Der Handel sah sich somit folgender rechtlicher Situation gegenüber: Es war ihm "untersagt"[212], Waren zu anderen Konditionen an den Verbraucher[213] abzugeben, als sie die Höchstpreisregelungen zuließen. Eine förmliche Pflicht, Verträge entsprechenden Inhaltes abzuschließen, sah das Höchstpreisgesetz demgegenüber nicht vor. Es ermächtigte vielmehr lediglich in § 4 die Exekutive, Einzelpersonen den Verkauf ihrer Warenvorräte zu den festgesetzten Preisen abzuverlangen. Erst aufgrund einer solchen Aufforderung erwuchs für deren Adressaten die Pflicht, an der "Versorgung der Bevölkerung

---

208 A.a.O.

209 A.a.O.

210 Dazu, inwieweit ein solches Verhalten selbst als gesetzwidrig qualifiziert wurde, sogleich.

211 S.155.

212 Ob § 6 Ziffer 1 des Höchstpreisgesetzes tatsächlich ein Verbot aussprach, wird im folgenden noch eingehend zu untersuchen sein.

213 Die Höchstpreisvorschriften galten jedoch nicht nur für den Verkauf an die Endabnehmer, sondern auf allen Handelsstufen.

zu angemessenen Preisen" mitzuwirken, eine Pflicht, deren Nichterfüllung mit Strafe bedroht war[214] und Ersatzvornahmehandlungen der Behörde auslösen konnte.

Dieses Ergebnis scheint dafür zu sprechen, daß die Höchstpreisgesetzgebung tatsächlich primär einen überteuerten Warenhandel untersagen sollte, der Abschluß preisrechtswidriger Verträge also gegen ein Verbot verstieß.

2. Der preisrechtswidrige Vertragsschluß: Gesetzesverstoß oder Indiz für einen Gesetzesverstoß?

Mehreres spricht jedoch dafür, daß es dem Gesetzgeber - entgegen der von ihm gewählten formalen Konstruktion - nicht darauf ankam, die Vornahme mißbilligter Rechtsgeschäfte zu verhindern, sondern er vielmehr beabsichtigte, mit dem Hilfsmittel des Verbotes bestimmte sozial erwünschte Handlungsweisen tatsächlicher Natur zu erzwingen.

Auf diese Intention deuten zunächst einmal die Erwägungen hin, die sich in der amtlichen Begründung des Gesetzes[215] zur Frage des Maßes der geplanten Preisreglementierung finden. So ist dort davon die Rede, daß nicht nur das Interesse der "konsumierenden Bevölkerung" an ihrem finanziellen Vermögen entsprechenden Preisen berücksichtigt werden dürfe, sondern auch der besonderen Situation der Produzenten und Händler Rechnung getragen werden müsse, solle nicht der Warenverkehr gelähmt und dadurch das Gegenteil dessen herbeigeführt werden, was Ziel der Höchstpreisvorschriften sei[216]. Diese Überle-

---

214 Vgl. § 6 Ziffer 4 des Höchstpreisgesetzes.

215 Verhandlungen des Reichstages, 13.Legislatur Periode, II. Session, 1914, Aktenstück Nr.14, S.2.

216 A.a.O.

gungen zeigen nämlich, daß nicht individuelle Gewinnsucht bekämpft werden, sondern eine reibungslose und ausreichende Verteilung der Bedarfsgüter gewährleistet werden sollte.

Deutlicher noch bringt die Ausgestaltung des § 4 des Höchstpreisgesetzes diese Absicht zum Ausdruck. Denn hiernach bestand ja für die zuständigen Stellen jederzeit die Möglichkeit, benötigte Waren "aus den Lägern herauszuholen". Dabei setzte die Norm offensichtlich nicht voraus, daß der Adressat der Verkaufsaufforderung etwa schon einmal den Versuch unternommen haben müßte, die der Höchstpreisgesetzgebung unterfallenden Gegenstände gegen ein unerlaubt hohes Entgelt zu veräußern. Die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Betreffenden konnte also schlechterdings eingeschränkt werden, mochte er auch das "Verbot" des § 6 Ziffer 1 respektiert haben.

Hieran zeigt sich aber, daß dem Besitzer von Bedarfsgütern nur noch eine einzige, in einem positiven Tun bestehende Verhaltensweise übrig blieb, die der Gesetzgeber unter den Kriegsumständen als sozialadäquat akzeptierte: Er mußte die Waren zu den festgelegten Preisen an die Bevölkerung verteilen. Damit war ihm nun jedoch jeder Spielraum genommen, innerhalb dessen er seine Geschäftsbeziehungen noch im eigentlichen Sinne privatautonom hätte gestalten können, sieht man einmal von der wirtschaftlich vollkommen wertlosen Möglichkeit ab, Vertragsschlüsse unter den zugelassenen Höchstpreisen zu tätigen.

Die Schöpfer der Höchstpreisvorschriften hätten die faktisch in eine Güterverteilungspflicht mündende Beschränkung allen wirtschaftlichen Alternativverhaltens ebensogut als Kontrahierungszwang, also als ein förmliches Handlungsgebot, ausgestalten können, ohne daß dadurch eine grundlegende Änderung im Charakter des Gesetzeswerkes eingetreten wäre.

Die Gesetzesmaterialien geben keinen sicheren Aufschluß darüber, warum ein solcher Schritt unterblieb. Sie[217] beschränken sich auf einen knappen Hinweis, man werde erwarten können, daß das Verbot preisrechtswidriger Geschäfte in der Regel ausreichen werde, "um die Versorgung der Bevölkerung zu angemessenen Preisen sicher zu stellen". Es läßt sich daher nur mutmaßen, warum der Gesetzgeber den Weg wählte, formaliter ein rechtsgeschäftliches Verbot auszusprechen, obgleich es ihm im Ergebnis gerade auf ein positives Tun ankam, das nötigenfalls - wenn auch nach vorhergehender behördlicher Aufforderung - mit Hilfe eines strafbewehrten Gebotes durchgesetzt werden konnte und sollte.

Möglicherweise spielt der Zeitpunkt, zu dem die Höchstpreisvorschriften geschaffen wurden, sie traten am 4.August 1914 in Kraft, für die bei ihnen angewandte Gesetzestechnik keine unwesentliche Rolle. Anscheinend hielt man es nämlich in diesem Übergangsstadium von Friedens- zu Kriegsverhältnissen nicht für opportun, die im Höchstpreisgesetz objektiv angelegte Möglichkeit eines vollkommen durch den Staat reglementierten Güterverteilungssystems auch durch die äußere Form der Vorschriften augenfällig werden zu lassen[218].

Deutlich kommt diese Haltung in der Passage der amtlichen Begründung zum Ausdruck, die sich mit der Frage des "Zwangsverkaufs" nach § 4[219] befaßt[220]. In ihr wird einerseits darauf hingewiesen, daß man - anders als das Preußische Allge-

---

217 Verhandlungen des Reichstages, 13.Legislatur Periode, II.Session, 1914, Aktenstück Nr.14, S.3.

218 Der Sache nach handelte es sich aber um nichts anderes als eine Form staatlicher Planwirtschaft; vgl.Heymann, Die Rechtsformen der militärischen Kriegswirtschaft, 1921, S.18.

219 In der Fassung vom 4.8.1914 befand sich die betreffende Regelung in § 2 des Gesetzes.

220 Verhandlungen des Reichstages, 13.Legislatur Periode, II.Session, 1914, Aktenstück Nr.14, S.3.

meine Landrecht (Teil I Titel XI §§ 4ff.) unter den seinerzeit "unentwickelten Verkehrsmöglichkeiten" - nicht so weit zu gehen brauche, jedermann zum Verkauf seiner Sachen zu zwingen, wenn es für das Wohl des Gemeinwesens notwendig sei[221]. Andererseits heißt es aber in demselben Zusammenhang[222], daß es sich empfehle, behördliches Vorgehen gegen denjenigen zu ermöglichen, der seine Vorräte an Bedarfsgegenständen dem Verkauf entziehe. Die Schöpfer der Höchstpreisgesetzgebung komplizierten also lediglich das Verfahren des Durchsetzens bestimmter Handlungsgebote, die materiell hinter allen Preisvorschriften standen, mochten sie äußerlich auch als Verbot formuliert sein.

Unter diesem Aspekt ist auch die Reichsgerichtsrechtsprechung zu den Höchstpreisvorschriften verständlich, die das Wesen dieser Regeln mit folgenden Worten charakterisierte:[223]

> "Diese Vorschriften sind zwar Rechtsnormen und dewegen Gesetze im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches; sie unterscheiden sich aber von den meisten Gesetzen dadurch, daß sie nicht auf die Verwirklichung eines Rechtsgedankens, sondern ganz unmittelbar auf einen wirtschaftlichen Zweck abzielen. Deswegen muß bei ihrem Verständnis und bei ihrer Anwendung vor allem der wirtschaftliche Zweck berücksichtigt werden."

Der "wirtschaftliche Zweck" der Preisvorschriften war eben darauf gerichtet, ein ganz bestimmtes Tun - die Verteilung der Bedarfsgüter - zu erzwingen, enthielten sie ihrem Wortlaute nach auch lediglich das Verbot preisrechtswidriger Geschäfte.

---

221 A.a.O.

222 A.a.O.

223 RGZ 88, 250 (v. 19.5.1916), S.251.

Hieraus ergibt sich nun aber für die rechtliche Qualifizierung der Willenserklärungen, aus denen sich ein gegen das Höchstpreisgesetz verstoßender Vertrag zusammensetzt, folgendes:

Der Besitzer preisgebundener Waren manifestierte durch den Abschluß des auf einen Überpreis gerichteten Vertrages den ernsthaften Willen, die ihm vom Staat zugewiesene Aufgabe der Güterverteilung - zumindest in diesem Einzelfall - nicht zu erfüllen. Die Vornahme des Rechtsgeschäftes stellte also nicht den Gesetzesverstoß selbst dar, sondern bildete nur das Indiz für einen solchen[224].

Aber auch die Willenserklärung des Käufers, dessen Verhalten ebenfalls den Straftatbestand des § 6 Ziffer 1 des Höchstpreisgesetzes erfüllte[225], war nicht als "verboten" im Sinne des § 134 BGB zu bewerten.

Soweit der Ankauf nicht zum Zwecke des Endverbrauches erfolgte, kam in der gesetzwidrigen Preisvereinbarung mit dem Verkäufer die Absicht des Erwerbers zum Ausdruck, die Ware später seinerseits nur gegen einen Überpreis abzugeben. Denn es war ja kaum anzunehmen, daß er Gegenstände zu einem überhöhten Preis erwarb, um sie dann zu den gesetzlich erlaubten Konditionen weiterzuveräußern. Auch bei ihm knüpfte also der Vorwurf gesetzwidrigen Verhaltens nicht an die Vornahme eines Rechtsgeschäftes, sondern an ein - wenn auch noch in der Zukunft liegendes - pflichtwidriges Unterlassen an.

---

224 Eine ähnliche Beziehung von Rechtsgeschäft und Gesetzesverstoß war bereits bei der "Unterschlagung" durch Veräußern fremden Gutes anzutreffen; siehe oben S.99ff.

225 Es entsprach der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichtes, daß sich die Preisvorschriften auch gegen die Käufer richteten; vgl. RGSt 50, 301 (v. 20.4.1917) S.301/302.

Handelte es sich hingegen um einen Endabnehmer, so konnte die Strafwürdigkeit seiner Tat nur darin bestehen, daß er mittels des zugesagten Überpreises die Gleichmäßigkeit der Warenverteilung störte, indem er den Händler veranlaßte, nur an ihn, der er zu der Zahlung des gesetzwidrigen Entgeltes bereit und in der Lage war, Waren zu liefern, die nunmehr der Allgemeinheit nicht mehr zur Verfügung standen. Er erleichterte damit jenem den Entschluß, sich der Aufgabe der Güterverteilung zu entziehen. Aber auch hier war es nicht das Rechtsgeschäft, das verhindert werden mußte, sondern ein tatsächliches Verhalten, das darin bestand, die übrigen, finanziell nicht so gut ausgestatteten, Konsumenten von einer angemessenen Versorgung auszuschließen.

3. Schlußfolgerung:

Die Höchstpreisvorschriften des 1.Weltkrieges, die immer wieder als Beispiel für Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB angeführt werden, deren Verletzung nicht zur Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes führen soll[226], offenbaren also eine ganz eigenartige Struktur:

Hinter einem formellen Verbot verbirgt sich nämlich - jedenfalls soweit es die Verkäuferseite[227] betrifft - ein Handlungsgebot, dem der Gesetzgeber dadurch Geltung zu verschaf-

---

226 Vgl. etwa: Flume, Rechtsgeschäft, 3.Aufl., 1979, § 17, 4 S.346; Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil, 2.Halbband, 15.Aufl., 1960, § 190 II 1, S.1155 und Larenz, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II, S.378.

227 Beim Käufer - genauer: dem Endabnehmer - handelte es sich zwar auch materiell um ein Verbot, jedoch nicht um das eines Rechtsgeschäftes (siehe oben S.161).

fen versucht[228], daß er jedwedes Alternativverhalten unter Strafe stellt. Nicht die Vornahme des Rechtsgeschäftes bildet hiernach das Ereignis, das die Höchstpreisvorschriften unterbinden sollen.Sie indiziert vielmehr den Entschluß des Normadressaten, in einer von der Rechtsordnung mißbilligten Weise wirtschaftlich untätig zu bleiben.

Damit läßt sich nun aber auch die "Teilwirksamkeit" der betreffenden Rechtsgeschäfte erklären, die nach der Rechtsprechung des Reichsgerichtes[229] zu dem gesetzlichen Höchstpreis aufrecht erhalten wurden. Sie bedeutete nicht, daß man einen Akt privatautonomer Gestaltung ungeachtet des mit ihm einhergehenden Gesetzesverstoßes - wenn auch nur partiell - anerkannte. Vielmehr handelte es sich hierbei um ein Disziplinierungsmittel, mit dem auf zivilrechtlichem Bereich das erreicht werden sollte, was die in den Höchstpreisvorschriften angedrohten Strafsanktionen[230] offensichtlich nicht zu gewährleisten vermochten: Die Verteilung lebenswichtiger Güter zu angemessenen Preisen.

---

228 Wie wenig dieses Bemühen von Erfolg gekrönt war, zeigt sich daran, daß offensichtlich nicht einmal staatliche Stellen über die Möglichkeit verfügten, ihren Sachbedarf unter Einhaltung der Höchstpreisvorschriften zu beschaffen. So betraf das Urteil des Reichsgerichtes v. 19.5. 1916 - RGZ 88, 250ff. - eine Klage des Reichsmilitärfiskus gegen einen Lieferanten, von dem er zu überhöhten Preisen Kartoffeln gekauft hatte.

229 Vgl. außer dem in N.228 genannten Urteil die in N.204 auf S. 154 zitierten Entscheidungen.

230 § 6 des Höchstpreisgesetzes in der Fassung v. 17.12.1914 (RGBl. S.516) sah Freiheitsstrafen von bis zu einem Jahr Gefängnis und Geldstrafen von bis zu 10.000,--Mark vor. Durch Verordnung v. 23.3.1916 (RGBl. S.183) wurde in § 6 Abs.2 das Mindestmaß der Geldstrafe auf das Doppelte dessen festgesetzt, was der Täter über den Höchstpreis hinaus erhalten hatte bzw. erhalten sollte.

Ebenso wie das scheinbare Verbot des Abschlusses preisrechtswidriger Verträge in Wahrheit das Gebot der Weitergabe von Bedarfsgegenständen zu bestimmten Konditionen enthielt, bedeutete auch die Teilanerkennung der betreffenden Geschäfte tatsächlich kein "Weniger" an Reaktion auf einen Verbotsverstoß; vielmehr stellte sie das einzig geeignete Instrument dar, um jenem latenten Gebot zu Wirksamkeit zu verhelfen[231].

---

231 Die Annahme einer echten Teilwirksamkeit ließe sich wohl kaum mit der Regelung des § 139 BGB in Einklang bringen. Denn der Wille des Verkäufers dürfte in den wenigsten Fällen dahin gegangen sein, das Rechtsgeschäft auch dann aufrechtzuerhalten, wenn die Vereinbarung des überhöhten Preises keinen Bestand haben sollte. Mit dieser Erwägung bejahte denn auch die Literatur zunächst einmal die Nichtigkeit entsprechender Geschäfte (vgl. etwa Busch, Deutsche Juristen-Zeitung 1916, Sp. 127/128; allerdings anders Hachenburg, Leipziger Zeitung 1915, 14, S.16, der sich für eine Teilwirksamkeit preisgesetzwidriger Verträge aussprach).
Die Argumente, mit denen das Reichsgericht -RGZ 88, 250, S.252ff. - zu belegen versuchte, daß die von ihm vertretene Lösung nicht in der Sache auf einen Kontrahierungszwang hinauslaufe, vermögen diese Einwände nicht zu entkräften. Die dort als Beispiele gesetzlicher Teilwirksamkeitsregelungen angeführten §§ 624, 724 BGB, 74 HGB betreffen Lebenssachverhalte, die sich mit den durch die Höchstpreisvorschriften geregelten Tatbeständen schwerlich vergleichen lassen: So zählen jene Vorschriften zum Kernbereich des bürgerlichen bzw. Handelsrechts, was eine grundsätzliche Änderung ihres Inhaltes kaum wahrscheinlich macht. Das Höchstpreisgesetz als Ausnahmeregelung war hingegen prima facie vorübergehender Natur.
Daher sprach nur wenig für die Annahme, daß die Besitzer preisgebundener Waren schlechthin bereit gewesen seien, diese zu den gesetzlichen Konditionen zu veräußern, um überhaupt am Wirtschaftsleben teilnehmen zu können. Vielmehr werden sie im Zweifel beabsichtigt haben, die Güter entweder zu Überpreisen zu verkaufen oder aber in den Lagern zurückzuhalten, bis eine Änderung der Verhältnisse eintreten würde.

Auch hier erweist sich aber, wie schon in den zuvor erörterten Normbeispielen, das vermeintliche Rechtsgeschäftsverbot als bloßes Etikett für einen vollkommen andersartigen Sachzusammenhang.

X. Die unter Verletzung von Steuervorschriften erfolgende Vornahme eines Rechtsgeschäftes.

1. Das einer Steuerhinterziehung dienende Rechtsgeschäft, das mit einer Steuerhinterziehung verbundene Rechtsgeschäft:

Ein ähnlicher Gegensatz zwischen scheinbarem ungesetzlichen Handeln rechtsgeschäftlicher Natur und in Wirklichkeit pönalisiertem Unterlassen tatsächlicher Art, wie wir es soeben antrafen, prägt möglicherweise auch den Charakter derjenigen Rechtsgeschäfte, die als gesetzwidrig gelten, weil mit ihnen eine Steuerhinterziehung einhergeht[232].

Hierbei gilt es zunächst einmal, eine Unterscheidung zu treffen, die die zu diesem Problemkreis entwickelte Rechtsprechung nicht immer deutlich genug vornimmt:

Es müssen nämlich diejenigen Rechtsgeschäfte, die ihrem Inhalt nach auf eine Steuerhinterziehung gerichtet sind, von denjenigen gesondert werden, die hierzu zwar keinen inhaltlichen Bezug aufweisen, wohl aber im äußerlichen Zusammenhang mit einem entsprechenden Delikt stehen. Nur diese Art von Rechtsgeschäften soll hier untersucht werden.

---

232 Vgl. etwa: BGHZ 14, 25 (v. 9.6.1954), S.30 und jüngst BGH WM 1975, 1280 (v. 23.10.1975), S.1281. Siehe zu dieser Frage auch Schricker, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, 1970, S.63f.

Als Beispiel für die zuerst genannte Gattung bietet sich ein Rechtsgeschäft an, wie es das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 29.9.1934[233] unter dem Gesichtspunkt des § 134 BGB zu beurteilen hatte. Es handelte sich dabei um einen Spareinlagevertrag, den ein Kunde mit seinem Bankinstitut in der Absicht geschlossen hatte, auf diese Weise das eingezahlte Kapital dem Steuerfiskus zu verheimlichen.

Paradigmatisch für die im vorliegenden Zusammenhang interessierenden Rechtsgeschäfte sind jene Grundstückskaufverträge, bei denen die Parteien zum Zwecke der "Steuerersparnis" einen niedrigeren Preis beurkunden lassen, als er nach einer zusätzlichen - formlosen - Absprache tatsächlich zu leisten sein soll. Denn bei ihnen soll ja nicht der Vollzug des Geschäftes eine Steuerhinterziehung ermöglichen oder fördern. Vielmehr geht es den Beteiligten darum, sich der durch die Vornahme des Rechtsgeschäftes ausgelösten Steuerpflicht[234] zu entziehen.

Diese Eigenart ist im Auge zu behalten, will man die vom Reichsgericht[235] begonnene und durch den Bundesgerichtshof[236] fortgesetzte Rechtsprechung kritisch analysieren, die da besagt: "... Verträge, mit denen eine Steuerhinterziehung einhergeht, (sind) nicht ohne weiteres nach den §§ 134, 138 BGB nichtig, wenn nicht die Steuerhinterziehung der Hauptzweck des Vertrages ist"[237].

---

233 JW 1935, S.420.

234 Erfolgt der Verkauf im Bundeslande Nordrhein-Westfalen, so erfüllt der Abschluß des schuldrechtlichen Geschäftes den Tatbestand des § 1 Abs.1 Nr.1 Grunderwerbsteuergesetz NRW (v. 12.7.1970, GV NW S.612).

235 So u.a. RG DR 1942, 40 (v. 15.9.1941), S.40 mit Hinweis auf RG JW 1935, 420 (v. 29.9.1934).

236 Vgl. die Nachweise in N.232 auf S.165.

237 BGHZ 14, 25 (v. 9.6.1954), S.30/31.

2. Die Vornahme eines mit einer Steuerhinterziehung verbundenen Rechtsgeschäftes: Gesetzesverstoß oder wertneutrales Element eines Gesetzesverstoßes?

Betrachtet man nämlich den Sachverhalt, mit dem sich die Entscheidung des BGH befaßte, der das soeben wiedergegebene Zitat entnommen ist, so läßt sich nicht recht einsehen, inwieweit die dort im Streit befindlichen Rechtsgeschäfte - Verkauf und Übertragen eines GmbH-Anteils - eine Steuerhinterziehung bezweckt haben könnten. Denn es ging den Parteien doch nicht darum, durch die Realisierung der getroffenen Absprachen eine Steuerhinterziehung zu ermöglichen. Vielmehr ließen sie den Verkaufspreis der Gesellschaftsanteile deshalb zu niedrig beurkunden, um so die sich an die Vornahme der Rechtsgeschäfte anknüpfende (Börsenumsatz-) Steuer teilweise zu umgehen[238]. Die Rechtsgeschäfte wurden also nicht in eine Zweckbeziehung zu einer unabhängig von ihnen existenten Steuerpflicht gestellt, wie sie in dem Beispielsfall des Spareinlagevertrages anzutreffen war. Stattdessen sollte die besondere Art ihrer Vornahme gewährleisten, daß die Verträge - wenn auch nicht im rechtlichen, so doch faktischen Sinne - "steuerfrei" blieben.

Wenn man also überhaupt davon sprechen wollte, daß eine Steuerhinterziehung bezweckt sei, so könnte sich ein derartiges Urteil nicht auf die betreffenden Rechtsgeschäfte selbst, sondern allenfalls auf die eigentümliche Weise beziehen, in der die Vertragspartner das Faktum des Geschäftsschlusses Dritten - nämlich den Finanzbehörden - in verfälschter Form mitteilten bzw. verheimlichten.

Um diesen Gedankengang zu verdeutlichen, bedarf es zunächst einer kurzen Erläuterung, worin das Wesen des Deliktes der Steuerhinterziehung in casu besteht.

---

238 BGHZ 14, 25 (v. 9.6.1954) S.28.

§ 370 Abs.1 Nr.1 der Abgabenordnung von 1977 (AO)[239] bedroht denjenigen mit Freiheits- bzw. Geldstrafe, der den Finanzbehörden oder anderen Behörden über steuerlich erhebliche Tatsachen unrichtige oder unvollständige Angaben macht.

Gem. § 370 Abs.1 Nr.2 AO ist es ebenfalls strafbar, die Finanzbehörden über derartige Tatsachen pflichtwidrig in Unkenntnis zu lassen.

Beide Strafvorschriften sollen also gewährleisten, daß der Steuerfiskus über alle für die Besteuerung relevanten Vorgänge umfassend informiert wird, und begründen daher für die Normadressaten bestimmte Mitwirkungspflichten[240].

Dem in § 370 Abs.1 Nr.1 und 2 AO unmittelbar[241] bzw. mittelbar[242] ausgesprochenen Gebot wird aber nicht Folge geleistet, lassen die Parteien eines steuererheblichen Geschäftes das für den Umfang der zu entrichtenden Abgaben maßgebliche Entgelt falsch, nämlich zu niedrig, beurkunden. Denn aufgrund dieser Manipulationen erfährt die Finanzbehörde nur von dem gem. § 117 Abs.1 BGB nichtigen, nach § 41 Abs.2 AO steuerlich

---

239 I.d.F. v. 16.3.1976, BGBl. I S.613ff.

240 Zur Ratio des § 370 Abs.1 AO vgl. Hübner in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, 7.Aufl., 1977, § 370, Anm.45.

241 Ein unmittelbares Gebot enthält der als Unterlassungstatbestand ausgestaltete § 370 Abs.1 Nr.2 AO.

242 Sub specie des gewünschten Endresultates - umfassende Information der Finanzbehörden über die tatsächlichen Voraussetzungen der Steuerpflichtigkeit - stellt auch das Verbot des § 370 Abs.1 Nr.1 nur ein Mittel dar, um bestimmtes Handeln zu erzwingen. Denn auch derjenige, der falsche oder unvollständige Erklärungen abgibt, entzieht sich der Sache nach seiner Mitwirkungspflicht. (Vgl. zu dieser Frage die Ausführungen bei Samson/Horn, Steuerunehrlichkeit und Steuerhinterziehung durch Unterlassen, NJW 1970, 593, S.597.)

unerheblichen Scheingeschäft, nicht aber von der dahinterstehenden, ernsthaft gewollten, eine erhöhte Steuerpflicht auslösenden Vereinbarung[243].

Gesetzwidrig ist nun aber nicht der Abschluß dieses - durch ein Scheingeschäft verdeckten - Vertrages. Vielmehr indiziert lediglich die von den Parteien gewählte Art und Weise der Vornahme des Rechtsgeschäftes - sie verzichten auf die vom Gesetz vorgeschriebenen, ihnen wohlbekannten Formerfordernisse[244] - deren Absicht, die anfallende Steuer nicht bzw. nicht in voller Höhe zu entrichten.

Das betreffende Rechtsgeschäft weist also in zweifacher Hinsicht einen wertneutralen Bezug zu der mit ihm einhergehenden Steuerhinterziehung auf:

Zum einen verwirklicht sein Abschluß einen steuererheblichen Tatbestand[245]. Zum anderen offenbart die äußere Form des Abschlusses die Bereitschaft der Beteiligten, die Finanzbehörden über eben diesen Vorgang in Unkenntnis zu lassen.

Man hat es also in casu nicht mit einem "verbotswidrigen" Rechtsgeschäft zu tun, sondern mit einem Akt privatautonomer Gestaltung, der - obgleich er das Element eines Gesetzes-

---

243 Der gem. § 313 S.1, § 125 S.1 BGB nichtige privatschriftliche oder mündliche Grundstücksvertrag ist dann steuererheblich, wenn Auflassung und Eintragung des Erwerbers den Formmangel gem. § 313 S.2 BGB heilen. Allerdings entsteht die Steuerpflicht gem. § 1 Abs.1 Nr.2 Grunderwerbsteuergesetz NW bereits mit der Auflassung (vgl. Boruttau/Klein/Egly/Sigloch, Grunderwerbsteuergesetz, 10.Aufl., 1977, § 1 GrEStG, Anm.48).

244 Z.B. § 313 BGB, § 15 Abs.4 S.1 GmbHG.

245 Siehe N.243.

verstoßes bildet - selbst rechtlich unbedenklich ist[246].

Im Widerspruch zur Rechtsordnung steht -ähnlich[247] wie bei den höchstpreiswidrigen Verträgen - nicht ein rechtsgeschäftliches Tun, sondern ein Unterlassen tatsächlicher Natur.

XI. Der unter Verstoß gegen § 171 BGB (Bigamieverbot) vorgenommene Eheschluß.

Die bisher untersuchten Beipiele als "verboten" qualifizierte Rechtsgeschäfte zeichnen sich durch die Gemeinsamkeit aus, daß es bei ihnen stets um Vorschriften ging, die - scheinbar - bestimmte Formen privatrechtlichen Handelns um des Schutzes von Vermögensinteressen willen untersagen. In diesem Bereich war a priori Anlaß zu der Vermutung gegeben, daß die "gegen Rechtsgeschäfte" gerichteten Verbote in Wahrheit Verhaltensweisen gelten, die - hierdurch die gesetzliche Güterordnung störend - zu faktischen Beeinträchtigungen unerwünschter Art führen.

Für das nunmehr zu untersuchende, allgemein[248] als verbotswidrig qualifizierte Rechtsgeschäft des bigamischen

---

246 Die steuerstrafrechtlich erhebliche Handlung besteht darin, der Finanzbehörde die Urkunde über das Scheingeschäft vorzulegen und sie dadurch zur Festsetzung eines entsprechend niedrigeren Steuerbetrages zu veranlassen. Das Herbeiführen der Beurkundung gilt als straflose Vorbereitungshandlung, die Grenze zu dem nach § 370 Abs.2 AO strafbaren Versuch wird durch die Vorlage überschritten und die Tatvollendung tritt mit der Steuerfestsetzung ein (vgl. Hübner in Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO, 7.Aufl., 1977, § 370, Anm.88 m.z.N.).

247 Im Gegensatz zu den höchstpreisrechtswidrigen Verträgen geht es hier um die Erfüllung einer Handlungspflicht, die ohne die Vornahme des betreffenden Geschäftes gar nicht entstehen würde.

248 Vgl. aus der älteren Literatur: Endemann, Civilrechtliche Wirkung, 1887, S.108; Thon, Rechtsnorm, 1878, S.14; aus der neueren Literatur: Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 134, Anm.3.

Eheschlusses scheidet eine solche Betrachtungsweise prima facie aus, gehört es doch einer Sphäre an, in der die staatliche Ordnung, über das Regeln von Vermögensinteressen weit hinausgreifend, umfassend auf die Beziehungen von Rechtssubjekten einwirkt[249].

1. Die Funktion des strafrechtlichen Bigamieverbotes:

Die Motive, die den Gesetzgeber dazu veranlaßt haben, das strafbewehrte Verbot der Doppelehe auszusprechen, dieser Deliktstyp ist in vielen Rechtsordnungen anzutreffen[250], lassen sich nicht eindeutig herausarbeiten[251]. In Betracht kommen nämlich zwei - sehr unterschiedliche - Schutzzwecke, die mit einer derartigen Norm verfolgt werden können:

So ließe sich der Sinn des Bigamieverbotes einmal darin erblicken, die eheliche Treue zu gewährleisten. Denkbar wäre es aber auch, die "staatliche Eheordnung" als das geschützte Gut anzusehen.

Der Auffassung des gemeinen Rechts entsprach es, die Bigamie als eine qualifizierte Form des Ehebruchs zu bewerten, was darin seinen Ausdruck fand, daß der "fleischliche" Vollzug der Doppelehe die Voraussetzung für eine Strafbarkeit bildete[252]. - Auch soweit die Strafgesetzgebung des 19.Jahr-

---

249 Man denke nur an die Regelung des § 1353 Abs.1 S.2 BGB: "Die Ehegatten sind einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet".

250 Vgl. hierzu die rechtsvergleichenden Hinweise bei Mittermaier, VDB IV, 1906, S.84/85.

251 Mittermaier, a.a.O., S.86:
"Nicht unwichtig zur Ausbildung des Tatbestandes ist aber, ob man die Doppelehe als Verletzung der ehelichen Treue oder der Eheordnung auffaßt. Die Gesetzgebungen schweigen darüber ...".

252 Vgl. Mittermaier, VDB IV, 1906, S.86; Wächter, Abhandlungen, Bd.I, 1835, S.152.

hunderts dies nicht mehr zum Tatbestandsmerkmal erhob, blieb gleichwohl der Gedanke vorherrschend, der Bigamist verletze das Gebot ehelicher Treue[253]. Unter jenem Rechtszustande bezog sich das Doppeleheverbot also auf reale Handlungen, durch die der Täter oder die Täterin ihrem rechtmäßigen Ehepartner gegenüber bestehende Verhaltenspflichten verletzte. Nicht der rechtliche Gestaltungsakt des Eheschlusses bildete den Anknüpfungspunkt des Schuldvorwurfes. Vielmehr ging es dem Gesetzgeber darum, Ehebruchshandlungen unter Strafe zu stellen, die deshalb besonders gravierend waren, weil die Beteiligten sie unter dem Deckmantel einer scheinbar wirksamen Ehe vornahmen[254].

Schwieriger gestaltet sich das Erfassen des § 171 StGB, der nicht das Individualgut der ehelichen Treue, sondern die "staatliche Eheordnung"[255] schützen soll. Denn der Begriff "staatliche Eheordnung" bildet für sich genommen ein Blankett, das der Ausfüllung bedarf, will man hiermit die Ratio dieser Norm beschreiben.

Zunächst einmal könnte man den Begriff "staatliche Eheordnung" in einem materiellen Sinne, nämlich dahingehend auffassen, daß die staatliche Gemeinschaft den rechtlichen Bestand einer jeden ordnungsgemäß zustandegekommenen Ehe schütze. In der Tat des Bigamisten wäre dann ein Angriff auf eben diesen Bestand durch Mißbrauch familienrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten zu sehen, der in dem Abschluß der zweiten Ehe enthalten wäre.

Möglich ist es jedoch auch, als "staatliche Eheordnung" das äußerliche Ordnungsgefüge zu bezeichnen, in das das Institut der Ehe eingebettet ist. Schutzgut des § 171 StGB

---

253 Wächter, a.a.O. S.355ff.

254 Grolmann, Grundsätze, 1805, § 388, S.547.

255 Vgl. Schönke/Schröder/Lenckner, StGB, 20.Aufl., 1980, § 171, Anm.2.

wären so betrachtet die Wahrheit und Klarheit familienrechtlicher Beziehungen. Und das Strafwürdige der Bigamie würde demnach nicht in dem "Hervorbringen" der zweiten Ehe, sondern darin zu finden sein, daß der Täter durch sein Verhalten den Anschein schafft, es existiere eine den gesetzlichen Anforderungen genügende eheliche Verbindung.

Auf die zuvor dargestellte Weise interpretierte Mittermaier[256] anhand eines umfänglichen Vergleiches mit entsprechenden Vorschriften fremder Rechtsordnungen das Bigamieverbot des deutschen StGB. Er gelangte dabei zu dem Schluß, die Doppelehe verstoße deshalb gegen die staatliche Eheordnung, weil sie nicht anerkannt werden könne, nichtig sei[257].

Für diese Normzweck-Interpretation spricht auch, daß der Tatbestand des § 171 StGB anerkanntermaßen[258] selbst dann verwirklicht sein soll, wenn der Bigamist zum Zeitpunkt des Eheschlusses in einer formell, nicht aber materiell wirksamen Ehe lebe. Denn hier fehlt es ja an einer schützenswerten familienrechtlichen Beziehung, die durch das Eingehen der weiteren Ehe tangiert werden könnte.

Mit einem derartigen Normverständnis zunächst einmal unvereinbar erscheint allerdings die in Rechtsprechung[259] wie Literatur[260] vorherrschende Auffassung, daß auch derjenige gegen § 171 StGB verstoße, dessen Erstehe im Augenblick des Abschlusses der zweiten Ehe erlösche. Es geht dabei um den

---

256 VDB IV, 1906, S.86.

257 A.a.O.

258 RGSt 55, 279 (v. 15.3.1921); in ähnlichem Sinne RGSt 60, 246 (v. 10.5.1926), S.248/249.

259 BGHSt 4, 6 (v. 15.1.1953), S.6/7; im gleichen Sinne schon zuvor OLG Frankfurt NJW 1951, 414 (v. 28.2.1951), S.415.

260 Vgl. etwa: Heimann-Trosien in LK, 9.Aufl., 1974, § 171, Anm.4; Schreiber im Systematischen Kommentar, Stand: Dezember 1978, § 171, Anm.5 (beide jeweils mit z.w.N.).

Fall, in dem ein Ehepartner nach zuvor erfolgter rechtskräftiger Todeserklärung des anderen eine gutgläubige dritte Person ehelicht, obgleich er weiß oder - dies billigend - damit rechnet, daß jener den Zeitpunkt der Todeserklärung überlebt hat.

Eine Mindermeinung[261] lehnt demgegenüber hier eine Anwendung des § 171 StGB mit der Begründung ab, es fehle in casu an dem gleichzeitigen Bestehen zweier formell gültiger Ehen, erlösche doch die erste Ehe des Täters im Augenblick des zweiten Eheschlusses.

Zwar legt das von den Vertretern der herrschenden Auffassung vorgebrachte Argument[262], den Täter entlaste das durch § 38 Abs.2 S.1 Ehegesetz vorgeschriebene Erlöschen der ersten Ehe als Wirkung seines verbotswidrigen Handelns nicht, prima facie den Schluß nahe, sie sähen den rechtlichen Bestand der Erstehe als durch § 171 StGB geschützt an. Verstärkt wird dieser Eindruck noch, liest man in diesem Zusammenhang Formulierungen wie die folgende:[263] "Es wäre unverständlich, wollte man diesem (dem bösgläubigen Eheteil, d.Verf.) die Möglichkeit einräumen, durch eine verbotene Eheschließung die Auflösung der ersten Ehe zu erzwingen[264], und ihn trotz seiner offensichtlichen Mißachtung des Verbots der Doppelehe wegen dieser nicht bestrafen".

Jedoch ist es keineswegs zwingend, aus der Anwendung des § 171 StGB auf den durch § 38 Ehegesetz geregelten Fall des Eheschlusses zu folgern, diese Strafvorschrift schütze die

---

261 So Schönke/Schröder/Lenckner, StGB, 20.Aufl., 1980, § 171, Anm.5 und Völker, Bigamie, SJZ 1949, 221.

262 Vgl. etwa BGHSt 4, 6 (v. 15.1.1953), S.7.

263 A.a.O. S.7.

264 Hervorhebung nicht im Original.

staatliche Eheordnung im materiellen Sinne. Bei einem derartigen Normverständnis nämlich würde § 171 StGB - entgegen seinem auf ein einheitliches Verbot hindeutenden Wortlaut - zwei grundsätzlich verschiedene Tatbestandsvarianten enthalten: Einmal wäre der Vorwurf strafbaren Verhaltens darauf gerichtet, daß der Täter eine zwar formell gültige, jedoch gem. §§ 5, 20 Ehegesetz materiell nichtige Zweitehe eingegangen sei. Demgegenüber würde bei dem von § 38 Ehegesetz erfaßten Eheschluß das durch die Wirksamkeit der zweiten Ehe bedingte Erlöschen der ersten Ehe den Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit bilden.

Die Vertreter der herrschenden Auffassung gehen aber offensichtlich auch nicht von einer solchen Doppelgeleisigkeit der Norm aus, leiten sie doch die Anwendbarkeit des § 171 StGB auf den vorliegenden Fall in erster Linie daraus her, daß diese Vorschrift ihrem Wortlaut nach nicht das Bestehen zweier formell gültiger Ehen verlange, sondern denjenigen Ehepartner mit Strafe bedrohe, der eine neue Ehe schließe, bevor seine frühere aufgelöst oder für nichtig erklärt sei[265]. Verwerflich in ihren Augen ist also das Faktum des Schließens der Ehe, nicht aber wird die Strafwürdigkeit der Tat in etwaigen auf die Zukunft gerichteten Folgen derselben erblickt. Zu diesen Dauerfolgen würde aber auch das "Erloschensein" der ersten Ehe des Täters zählen.

Es besteht mithin zwischen beiden Auffassungen zumindest darin ein Konsens, daß die Frage der Strafbarkeit des bigamischen Eheschlusses nicht mit Blick auf seine materiellrechtlichen Konsequenzen beantwortet werden dürfe. Nur soll nach der herrschenden Auffassung die materielle Wirksamkeit der zweiten Ehe im Falle des § 38 Ehegesetz den Bigamisten ebensowenig entlasten, wie ihn das Erlöschen der ersten Ehe belasten könne.

---

265 BGHSt 4, 6 (v. 15.1.1953), S.7: "Der Wortlaut des Gesetzes sagt klar, daß die Auflösung der ersten Ehe im Falle des § 38 EheG ... die Bestrafung wegen Doppelehe nicht ausschließt".

Widerspricht folglich die herrschende Auffassung nicht dem Normverständnis, § 171 StGB schütze die formelle Wahrheit und Klarheit personenrechtlicher Beziehungen, so läßt sich die durch § 38 Ehegesetz erfaßte Form bigamischen Eheschlusses zudem auch auf der Grundlage der Mindermeinung unter diese Strafnorm subsumieren.

Auch derjenige, der in Kenntnis des Überlebens seines bisherigen, für tot erklärten Ehepartners eine neue Ehe eingeht, schafft damit eine Situation, in der ein Auseinanderklaffen von formeller und materieller Rechtslage zumindest nicht ausgeschlossen ist. Denn § 38 Ehegesetz läßt ja die Wirksamkeit der zweiten Ehe und das Erlöschen der ersten Ehe von einem Umstand subjektiver Natur abhängen - einer der Ehepartner muß über das Weiterleben der für tot erklärten Person in Unkenntnis sein - dessen Vorliegen oder Nichtvorliegen nur sehr schwer kontrollierbar ist. Hier wie dort berechtigt der äußere ohne weiteres nachprüfbare Vorgang des Eheschlusses nicht zu der sicheren Folgerung, daß auch eine materiell wirksame eheliche Verbindung bestehe. Darüberhinaus ist die Korrektur der formellen Rechtslage im Wege des Nichtigkeitsurteils - sollten die Voraussetzungen des § 38 Ehegesetz einmal nicht erfüllt sein - mit noch größeren Schwierigkeiten verbunden, als sie bei der üblichen Form bigamischen Eheschlusses anzutreffen sind. Denn es bedarf in casu ja des Nachweises der Kenntnis beider Ehepartner vom Überleben des Fürtoterklärten[266], während sonst die Feststellung ausreicht, der Bigamist sei eine zweite Ehe ohne formelle Auflösung der ersten eingegangen.

---

266 Derjenige, der die Nichtigkeitsklage erhebt, muß beweisen, daß beide Partner bei Eingehen der bigamischen Ehe bösgläubig waren, Hoffmann/Stephan, Ehegesetz, 2.Aufl., 1968, § 38, Anm.13.

2. Die Bedeutung des strafrechtlichen Bigamieverbotes für die privatrechtliche Qualifizierbarkeit der auf den Eheschluß gerichteten Willenserklärungen:

Schützt § 171 StGB mithin die Wahrheit und Klarheit familienrechtlicher Beziehungen, nicht aber den materiellrechtlichen Bestand der ersten Ehe des Täters, so muß dies auch für die Qualität seiner Willenserklärung sub specie ihres Erlaubt- bzw. Verbotenseins von Bedeutung sein.

In diesem Zusammenhang finden sich oftmals Formulierungen, die den Eindruck erwecken, als ahnde § 171 StGB die unerlaubte Vornahme eines Rechtsgeschäftes[267]. So wird das Wesen der Doppelehe etwa darin gesehen, daß sie "... vorläufig als Ehe gilt, als solche auch alle an das Eheverhältnis geknüpften Konsequenzen äussert und gerade darum[268] strafbar ist"[269]. Demnach würde der Gesetzgeber das Ja-Wort des Bigamisten um seiner spezifisch rechtlichen Folgen willen unter Strafe stellen. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, warum der dem Eineheprinzip zuwiderlaufenden Doppelehe in rechtlicher Beziehung auf andere Weise entgegen getreten werden sollte, als es durch die in § 20 Ehegesetz enthaltene Nichtigkeitsanordnung geschieht. Sie alleine reicht aus, um sicherzustellen, daß niemand in mehr als einer materiell gültigen Ehe lebt.

Aber auch die formelle Wirksamkeit der bigamischen Ehe, die gem. § 23 Ehegesetz bis zum Erlaß des sie mit rückwirkender Kraft[270] beseitigenden Nichtigkeitsurteils von jedermann als gültig zu behandeln ist, begründet nicht die Notwendigkeit eines - strafbewehrten - rechtsgeschäftlichen Verbotes.

---

267 Vgl. außer den auf S.170 in N. 248 Genannten noch Isopescul-Grecul, Wucherstrafrecht, 1906, S.230.

268 Hervorhebung nicht im Original.

269 A.a.O. S.230.

270 Vgl. Hoffmann/Stephan, Ehegesetz, 2.Aufl., 1968, § 23, Anm.2.

Denn diese - grundsätzlich nur vorübergehende - rechtliche Wirkung des bigamischen Eheschlusses stellt keinen "Taterfolg" dar, dem mit dem Mittel des Verbotes zu begegnen wäre. Sie ist vielmehr das Resultat einer die besondere Bedeutung der Ehe berücksichtigenden gesetzgeberischen Entscheidung, nach der gravierende Mängel eines Rechtsgeschäftes in diesem Bereich - anders als sonst - nicht zu einer eo ipso eintretenden Nichtigkeit führen sollen. Besonders deutlich hebt eine Entscheidung des Bundesgerichtshofes[271] den wahren Charakter der formellen Gültigkeit bigamischer Ehen heraus, in der das Gericht die Nichtigkeitsklage eines Bigamisten mit der Erwägung zurückwies, sein Begehren sei sittlich nicht gerechtfertigt. Einem solchen Urteil liegt notwendig die Anschauung zugrunde, daß die formelle Gültigkeit des bigamischen Eheschlusses nicht Frucht hierauf gerichteten unerlaubten Handelns sei, sondern den Ausdruck einer gesetzlichen Notordnung bilde, die unter bestimmten Umständen sogar dauerhaften Bestand haben solle.

Auch das strafbewehrte Verbot der Doppelehe richtet sich also nicht gegen die Vornahme eines Rechtsgeschäftes. Vielmehr untersagt es das Verhalten des Bigamisten im Hinblick auf die von ihm veranlaßte, die staatliche Eheordnung störende, tatsächliche Unsicherheit, die die Existenz eines zwar formell, nicht aber materiell gültigen Eheschlusses mitsichbringt. Sub specie seiner Rechtsgeschäftlichkeit aber ist das Wechseln der Ja-Worte vor dem Standesbeamten im Falle der Bigamie nicht weniger unbedenklich, als ginge es um einen Eheschluß, der aus anderen Gründen fehlerhaft ist[272].

---

271 BGHZ 30, 140 (29.4.1959), S.143ff.

272 So unterbreitete Mittermaier (VDB IV, 1906, S.86) den Vorschlag, über den Bigamietatbestand hinaus jedes bewußte Eingehen einer nichtigen oder anfechtbaren Ehe unter Strafe zu stellen.
Das spanische StGB v. 23.12.1944 ordnet z.B. in Art.471 das Delikt der Bigamie den "Verbrechen gegen den zivilen Personenstand" zu (11.Titel des StGB) und stellt in den Art.472-476 auch das Eingehen aus anderen Gründen unwirksamer Ehen unter Strafe.

XII. Der Begriff des "gegen ein Gesetz verstoßenden Rechtsgeschäftes", Sammelbezeichnung ohne materiellen Gehalt. Eine abschließende Betrachtung.

Im Verlauf der vorangegangenen Analyse von "verbotenen", weil unter gesetzwidrigen Umständen vorgenommenen, Rechtsgeschäften hat sich gezeigt, daß der Begriff des "gegen ein Gesetz verstoßenden Rechtsgeschäftes" eine Vielzahl unterschiedlichster Sachverhalte umschreibt.

Das vermeintlich gegen § 246 StGB verstoßende Rechtsgeschäft des Veräußerns fremder Sachen an einen gutgläubigen Erwerber stellte sich bei näherer Untersuchung als ein Nebeneinander von ungesetzlichem tatsächlichen Verhalten einerseits und wertneutralem Rechtsgeschäft andererseits, das lediglich den Tatentschluß des Unterschlagenden indiziert, heraus[273].

Ähnliches galt auch für das "betrügerische" Rechtsgeschäft. Nicht die vom Täter herbeigeführte - im Wege der Anfechtung aufhebbare - rechtliche Bindung benachteiligte das Opfer. Ihm schadete vielmehr der Anschein einer solchen Bindung, der faktisch auch dann fortwirkte, wenn sie selbst materiellrechtlich beseitigt war[274].

Auch in den Fällen des Wuchers und der unter Verletzung der §§ 115, 115 a Gewerbeordnung vorgenommenen Rechtsgeschäfte waren es nicht die rechtlichen Wirkungen derartiger Vorgänge, um derentwillen die Verbote ausgesprochen wurden. Vielmehr galt es hier, Handlungsweisen zu unterbinden, die - zivilrechtlichen Wertungen zum Trotz - unerwünschte Veränderungen tatsächlicher Natur herbeiführten[275]. Dabei zeich-

---

273 Siehe oben S.99ff.

274 Siehe oben S.118ff.

275 Siehe oben S.130f. und 137f.

nete sich das "Verbot" des § 115 a Gewerbeordnung noch dadurch aus, das es nicht nur nicht gegen die Vornahme eines Rechtsgeschäftes gerichtet war, sondern im Gegenteil die Aufgabe zu erfüllen hatte, die positiven Folgen eines erlaubten Rechtsgeschäftes vor unerwünschten Einwirkungen tatsächlicher Art zu schützen[276].

Eine wiederum andersgeartete Struktur war bei den §§ 456ff. BGB, 270 preußisches StGB anzutreffen. Untersagten diese Vorschriften prima facie die Vornahme unerwünschter Rechtsgeschäfte, so waren sie in Wahrheit dazu bestimmt, sich anbahnende Geschäftsbeziehungen erwünschter Art von faktischen Störeinflüssen Dritter freizuhalten[277].

Bei einer weiteren Gruppe "gesetzwidriger Rechtsgeschäfte" - zu ihr zählten insbesondere die unter Verletzung von Höchstpreisvorschriften abgeschlossenen Verträge[278] - offenbarte sich eine noch kompliziertere Beziehung von scheinbarem und tatsächlichem Normzweck der entsprechenden Verbotsgesetze. Hier nämlich verbarg sich hinter einem auf die Vornahme von Rechtsgeschäften bezogenen Verbotsausspruch ein Gebot bestimmten tatsächlichen Verhaltens.

Schließlich zeigte sich am Bigamieverbot, daß die Vornahme eines Rechtsgeschäftes in gewissen Fällen deshalb "untersagt" wurde, weil schon die Existenz eines formell gültigen, materiell aber nichtigen Gestaltungsaktes eine faktische Unsicherheit hervorrief, die wegen der besonders hohen Bedeutung der betreffenden Rechtsbeziehungen nicht geduldet werden konnte.

---

276 Siehe oben S.133ff.

277 Siehe oben S.143f. und 151f.

278 Siehe oben S.162. Hierzu gehören ferner die gegen § 627 Abs.2 S.1 BGB verstoßende Kündigung zur "Unzeit" (siehe oben S.154) und die mit einer Steuerhinterziehung verbundenen Rechtsgeschäfte (siehe oben S.169).

Ist auch das mögliche Zusammentreffen von Rechtsgeschäft und Gesetzesverstoß so variantenreich, daß sich der Begriff des "gesetzwidrigen Rechtsgeschäftes" als sachlich bedeutungsloses Blankett erweist, so ähneln sich gleichwohl alle untersuchten Verbotsvorschriften in einer Beziehung:

Niemals sind es die rechtlichen Folgen eines Fehlverhaltens, die den Verbotsgrund abgeben. Vielmehr dienen die entsprechenden Normbefehle stets der Abwehr tatsächlicher Mißstände, die sich mit den spezifischen Mitteln des Zivilrechtes - "Vernichten" [279] mißbilligter Rechtsgeschäfte, Gewähren von Anfechtungsrechten etc. - nicht regulieren lassen würden.

Verbot und Wirksamkeitsregelung stehen bei diesen Normen in einer unmittelbar einleuchtenden, aber mit dem Vorstellungsbild des § 134 BGB unvereinbaren Beziehung zueinander:

Auf der einen - der rechtsgeschäftlichen - Ebene fällt die Entscheidung über Gültigkeit oder Ungültigkeit eines sozialschädlichen Aktes privatautonomer Gestaltung.

Auf einer anderen - gleichsam untergeordneten - Ebene wird dieser zivilrechtlichen Entscheidung ein Verbot zugesellt, dessen Durchsetzung sicherstellen soll, daß die Lebensverhältnisse realiter so gestaltet sind, wie sie es nach der zivilrechtlichen Entscheidung sein sollen.

Die Existenz des Verbotes beeinflußt also nicht etwa den Inhalt der zivilrechtlichen Entscheidung, vielmehr richtet es sich selbst umgekehrt an der in jener festgesetzten "Zielvorgabe" aus.

---

279 Hierbei handelt es sich natürlich nur um einen bildhaften Ausdruck, geht es doch in der Sache darum, daß die Rechtsordnung unerwünschten Willenserklärungen ihre Anerkennung versagt (siehe dazu oben S.30ff.).

Bei einem Zusammentreffen von Rechtsgeschäft und Gesetzesverstoß anläßlich seiner Vornahme ist folglich davon auszugehen, daß der rechtliche Gestaltungsakt selbst unbedenklich ist, jedoch bestimmte mit ihm einhergehende Verhaltensweisen tatsächlicher Natur im Widerspruch zur Rechtsordnung stehen. Der Begriff des "gegen ein Gesetz verstoßenden Rechtsgeschäftes" hat mithin - jedenfalls in diesem Bereich[280] - keine sachliche Bedeutung. Ein Rechtsgeschäft in seinem Sinne als "gesetzwidrig" zu bezeichnen, hilft bei der Beantwortung der Frage nach dessen zivilrechtlicher Wirksamkeit oder Unwirksamkeit nicht weiter.

2.Abschnitt

Die Vornahme eines Rechtsgeschäftes mit gesetzwidrigem Inhalt

§ 7 Vorbemerkung

Ging es im ersten Abschnitt um die Vornahme von - für sich genommen unbedenklichen - Rechtsgeschäften unter gesetzwidrigen Umständen, so soll nunmehr untersucht werden, unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsgeschäft seines

---

280 Im nächsten Abschnitt wird sich zeigen, ob es sachlich ergiebiger ist, Rechtsgeschäfte im Hinblick auf ihren gesetzwidrigen Inhalt als "verbotene" zu qualifizieren.

Inhaltes wegen als "verbotenes" im Sinne des § 134 BGB qualifiziert werden kann[1].

In dieser Beziehung unproblematisch sind diejenigen Rechtsgeschäfte, deren Vollzug zu einem von der Rechtsordnung schlechterdings mißbilligten Zustande führen würde.

So verstößt zweifellos das "Leistungsversprechen" des gedungenen Mörders gegen ein gesetzliches Verbot, nämlich gegen das des § 211 des Strafgesetzbuches. Dasselbe gilt auch etwa für den Kaufvertrag zwischen einem Rauschgifthändler und seinem Kunden (Opfer).

Schwieriger gestaltet sich aber schon die Feststellung, ob auch derjenige ein verbotswidriges Rechtsgeschäft vornimmt, der sich gutgläubig zu Leistungen bereit erklärt, die derartige Straftaten objektiv fördern, mögen sie ihm vollkommen harmlos erscheinen. Denn es ist keineswegs zwingend, etwa den Beförderungsvertrag zwischen einem nichtsahnenden Taxiunternehmer und dem von ihm zum Hause des Opfers gefahrenen Mörder als gesetzwidrig einzustufen, obgleich doch die Durchführung dieses Rechtsgeschäftes eine nicht hinwegdenkbare Ursache für den weiteren Ablauf des Verbrechens darstellt.

Läßt sich folglich selbst bei Rechtsgeschäften mit einem - allerdings besonders gearteten - inhaltlichen Bezug zu

---

[1] Daß § 134 BGB auch derartige Rechtsgeschäfte als "gegen ein gesetzliches Verbot verstoßend" erfaßt, ergibt sich eindeutig aus den Gesetzesmaterialien. So findet sich in den Protokollen der 2.Kommission (Bd.I S.123 = Mugdan I S.725) die Bemerkung:

> "Es sei erforderlich, zum Ausdruck zu bringen, daß auch solche Rechtsgeschäfte von der Folge der Nichtigkeit betroffen würden, bei welchen sich das Verbot dem Wortlaut nach nicht gegen die Vornahme, sondern gegen den Inhalt des Rechtsgeschäftes richte".

eindeutig kriminellen Verhaltensweisen nicht ohne weiteres entscheiden, ob diese im Sinne des § 134 BGB "gesetzwidrig" seien, so verstärken sich die Probleme bei der Beurteilung von Geschäften, deren Durchführung nur mit verhältnismäßig geringfügigen Rechtsverstößen verbunden ist.

Angesichts der großen Zahl von Verbotsvorschriften, die in nahezu allen Bereichen des Verkehrslebens anzutreffen sind, können selbst bei unbedeutenden Rechtsgeschäften des Alltages Gesetzesverletzungen auftreten, die deren Legalität und damit möglicherweise auch Wirksamkeit in Frage stellen. Man denke in diesem Zusammenhang nur an das Kaufgeschäft, das unerlaubterweise erst nach Ladenschluß erfüllt werden soll, oder den nach Eintritt der Polizeistunde geschlossenen und abzuwickelnden Gastaufnahmevertrag zwischen dem Wirt und seinem späten Kunden.

War bei den zuerst angeführten Beispielen strafrechtswidriger Vereinbarungen offenkundig, daß gerade der Erfolg der zugesagten Leistung im Widerspruch zur Legalordnung stand - das Leben des Mordopfers soll durch sie geschützt, die Gesundheit des Rauschgiftkonsumenten bewahrt werden -, so bieten die zuletzt genannten Fälle noch eine zusätzliche Schwierigkeit:

Bei ihnen nämlich geht es - so zumindest dem ersten Anschein nach[2] - um die Verletzung von Vorschriften, die nicht den Eintritt eines bestimmten Leistungserfolges verhindern sollen, sondern die Art und Weise der ihm vorgeschalteten Erfüllungshandlung zu regeln haben. Denn es ist ja weder Sinn der Regeln über den Ladenschluß, die Auslieferung von Waren definitiv zu unterbinden, noch Zweck der die Polizeistunde betreffenden gewerberechtlichen Normen, den Konsum von Speisen oder Getränken zu verbieten. Es handelt sich

---

[2] Ob dieser Anschein nur täuscht, wird der weitere Verlauf der Untersuchung ergeben.

daher bei ihnen möglicherweise um bloße "Ordnungsnormen", die mißachtet werden können, ohne daß die entsprechenden Vereinbarungen deshalb den Charakter unerlaubter Rechtsgeschäfte annehmen würden. Wie weit die Unterscheidung zwischen ungesetzlicher Leistungshandlung und erlaubtem Leistungserfolg einerseits sowie die Differenzierung zwischen Verbotsgesetzen mit Ordnungsnormcharakter und solchen anderer Art für die Qualifizierung von Rechtsgeschäften sub specie des § 134 BGB fruchtbar sein können, wird im folgenden Paragraphen (8) untersucht werden.

Sodann - in Paragraph 9 - soll der Frage nachgegangen werden, unter welchen Umständen Verfügungsgeschäfte im Sinne des § 134 BGB "gegen ein gesetzliches Verbot" verstossen können. Denn es ist anerkannt[3], daß nicht nur Verpflichtungsgeschäfte aufgrund ihres gesetzwidrigen Inhaltes mit der Rechtsordnung kollidieren, sondern auch die zu ihrem Vollzug vorgenommenen Verfügungsgeschäfte hiermit in Widerspruch stehen können. Als Beispiel hierfür ist etwa die unter Verletzung von Art.1 § 1 des Rechtsberatungsgesetzes[4] erfolgende Zession zu nennen, die der Auftraggeber eines nicht zugelassenen Rechtsberaters vornimmt, damit dieser die an ihn abgetretene Forderung vom Schuldner einfordere[5].

---

[3] Vgl. aus der Rechtsprechung etwa die Entscheidung BGHZ 11, 59 (v. 3.11.1953), S.61/62, die sich mit gegen Bewirtschaftungsvorschriften verstoßenden Erfüllungsgeschäften befaßt.
Vgl. außerdem aus der Literatur: Erman/H. Westermann, BGB, 6.Aufl., 1975, § 134, Anm.28; Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil, 2.Halbband, 15.Aufl., 1960, § 190 III 4, S.1160; Larenz, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II, S.379/380; Mayer-Maly in Münchener-Kommentar, 1978, § 134, Anm.10; Palandt/Heinrichs, BGB, 39.Aufl., 1980, § 134, Anm.2 c; Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 134, Anm.22; Staudinger/Dilcher, BGB, 12.Aufl., 1979, § 134, Anm.6.

[4] Diese Vorschrift untersagt die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten - einschließlich der Einziehung zu diesem Zwecke abgetretener Forderungen - ohne behördliche Genehmigung.

[5] Vgl. zu diesem Problemkreis etwa die Entscheidung BGHZ 61, 317 (v. 6.11.1973), S.324 (unter Nr.4).

§ 8 Die Kausalgeschäfte gesetzwidrigen Inhaltes

I. Die Aufgabenstellung.

Ziel der nun folgenden Untersuchung ist es, diejenigen Kriterien, anhand deren Rechtsprechung und Literatur die Grenzlinie zwischen Rechtsgeschäften erlaubten Inhaltes und solchen mit verbotswidrigem Gegenstand festlegen, auf ihre Eignung hin zu überprüfen, die rechtsgestaltenden Möglichkeiten des Privaten in einen widerspruchsfreien Zusammenhang zu den zahlreichen gesetzlichen Bindungen zu bringen, denen dieser unterworfen ist. Denn es sind in diesem Bereich zuweilen Entscheidungen über das Erlaubt- bzw. Verbotensein von Rechtsgeschäften anzutreffen, die diesem Erfordernis zumindest nicht zu genügen scheinen.

Als ein Beispiel hierfür bietet sich das Urteil des Oberlandesgerichtes Köln vom 30.12.1960[1] an. Es war darin über die zivilrechtliche Wirksamkeit eines Bauhandwerkervertrages zu befinden, in dessen Ausführung der Kläger Arbeiten für ein polizeilich nicht genehmigtes Bauwerk erbracht hatte. Das Gericht führte in den Urteilsgründen zunächst überzeugend aus, daß der Abschluß jenen Vertrages nicht gegen die Strafvorschrift des § 367 Abs.1 Nr.15 StGB[2] verstoßen habe, weil diese Norm zwar das Bauen ohne Genehmigung, nicht aber die hierauf bezogene Vornahme von Rechtsgeschäften verbiete[3]. Dann jedoch folgen zur Frage, ob der Vertrag seinem

---

[1] NJW 1961, S.1023.

[2] Der Übertretungstatbestand des § 367 Abs.1 Nr.15 StGB wurde durch Art.19 EGStGB vom 2.3.1974, BGBl.I S.500, aufgehoben. Das Bauen ohne Genehmigung stellt nunmehr nur noch eine Ordnungswidrigkeit dar; vgl. z.B. § 101 Abs.1 Nr.3 BauO NW (v. 27.1.1970, GVBl. NW S.117).

[3] A.a.O. (N.1), S.1024.

Inhalt nach auf eine gesetzwidrige Leistung gerichtet gewesen sei, Erwägungen, die eigentümlich anmuten. Das Gericht nahm nämlich eine inhaltliche Gesetzwidrigkeit des Rechtsgeschäftes nicht einmal für den Fall als sicher gegeben an, daß die Parteien - was in casu nicht geklärt war - übereinstimmend davon ausgegangen seien, das Bauwerk ohne die erforderliche Genehmigung zu errichten. Als Grund hierfür gab es an, daß § 367 Abs.1 Nr.15 StGB a.F. nicht die "... versprochene Leistung als solche, d.h. die Errichtung des Bauwerkes, sondern lediglich die Art und Weise, wie[4] diese Leistung bewirkt werden sollte"[5], verboten habe.

Das Gericht hob damit auf ein Kriterium ab, das häufig[6] herangezogen wird, geht es darum, über das Erlaubt- bzw. Verbotensein eines Rechtsgeschäftsinhaltes zu befinden: Danach soll es gegen die Verbotswidrigkeit des betreffenden Geschäftes sprechen, wenn die verletzte Verbotsnorm nicht den Leistungserfolg, sondern die ihm vorgelagerte Leistungshandlung wegen unerwünschter Begleitumstände verbiete.

Nun ist aber eine solche Trennung gerade im vorliegenden Fall nicht leicht nachvollziehbar, bestand doch das Resultat der vom Kläger durchgeführten Arbeiten gerade in der Errichtung eines ungenehmigten Bauwerkes.

Jedoch soll dieser Frage hier[7] noch nicht näher nachgegangen werden. Vielmehr sind zunächst zwei weitere Aspekte vorzustellen, die bei der Unterscheidung zwischen inhaltlich gesetzmäßigen Rechtsgeschäften und solchen mit einem verbotswidrigen Gegenstand von Bedeutung sein können:

---

[4] Hervorhebung im Original.

[5] NJW 1961, 1023, S.1024.

[6] Vgl. z.B. Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 134, Anm.20 m.w.N. (Weitere Nachweise befinden sich unten auf S.196 in den N.28 und 29.)

[7] Sie wird unten auf S.197ff. im einzelnen erörtert.

Es geht dabei einmal um eine mögliche Differenzierung nach einseitigen und zweiseitigen Verboten, also darum, ob der Vollzug eines Rechtsgeschäftes nur für eine der Parteien oder aber beide Beteiligte mit einem Gesetzesverstoß verbunden ist. Ein Anwendungsfall für diese Methode der Unterscheidung wird im Verkauf unterschlagener bzw. veruntreuter Sachen gesehen[8]. Danach soll ein derartiges Rechtsgeschäft gesetzmäßig (und wirksam) sein, wenn der Käufer nicht um den wahren Sachverhalt weiß, jedoch gesetzwidrig (und nichtig), wenn er das Gut als Hehler erwirbt[9]. Wie weit sich das Kriterium der Ein- bzw. Zweiseitigkeit von Verbotsvorschriften dazu eignet, eine solche Entscheidung zu treffen, wird im weiteren Verlauf der Untersuchung[10] noch eingehend erörtert werden.

Neben den bisher vorgestellten Unterscheidungsmerkmalen gibt es noch ein drittes Kriterium, das bei der Beurteilung von Rechtsgeschäftsinhalten eine wesentliche Rolle spielen soll:

Es geht auch bei ihm um das Wesen der verletzten Verbotsvorschrift. Jedoch wird insoweit nicht auf den von ihr angesprochenen Adressatenkreis abgehoben, sondern darauf, ob die betreffende Regel den Charakter einer bloßen "Ordnungsnorm" besitze. So führte etwa der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 23.4.1968[11] aus, daß der Verkauf rezeptpflichtiger Medikamente ohne gültige Verschreibung sub specie des § 134 BGB unbedenklich sei, handele es sich doch bei den hierdurch ver-

---

[8] So Flume, Rechtsgeschäft, 3.Aufl., 1979, § 17, 3, S.345.

[9] A.a.O.

[10] Siehe unten S.190ff.

[11] NJW 1968, 2286, S.2287.

letzten Vorschriften des Arzneimittelgesetzes[12] um "bloßes gesundheitspolizeiliches Ordnungsrecht"[13]. Das Gericht stützte die Bewertung jener Norm auf folgende Erwägung:[14] Sie mißbilligten nicht ausnahmslos das wirtschaftliche Ergebnis, wenn ein Arzneimittel ohne Rezept eines Arztes und ohne Einschaltung eines Apothekers in die Hand des Verbrauchers gelange. Vielmehr seien sie nur - um mögliche Gefahren zu verhüten - gegen die Art und Weise gerichtet, wie der Konsument es erhalte.

Es werden hier auf eine Weise, die es noch näher zu untersuchen gilt[15], zwei Gesichtspunkte miteinander kombiniert: So soll sich der "Ordnungsnormcharakter" der verletzten Verbotsvorschriften aus ihrer Handlungsbezogenheit ergeben und jene Eigenart wiederum für die Qualifizierung des Rechtsgeschäftsinhaltes von Bedeutung sein.

Es gibt hiernach drei Hauptgruppen von Verpflichtungsgeschäften, die als gesetzmäßig einzustufen sind, obgleich ihr Vollzug mit einem Verbotsverstoß einhergeht:

Einmal geht es um die Fälle der Verletzung solcher Verbote, die zwar die Leistungshandlung, nicht jedoch den Leistungserfolg betreffen. Zum anderen soll die Einseitigkeit des Verbotsverstoßes für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes sprechen. Schließlich wird auch der Ordnungsnormcharakter eines Verbotes dafür als Begründung genannt, daß ein Kausalgeschäft

---

12 § 45 Abs.1 Nr.6 des Arzneimittelgesetzes bedroht denjenigen mit Freiheits- oder Geldstrafe, der Arzneien außerhalb von Apotheken im Einzelhandel abgibt. § 45 Abs.1 Nr.8 des Gesetzes stellt es unter Strafe, entgegen § 35 Abs.1 Arzneimittelgesetz rezeptpflichtige Arzneien ohne Verschreibung abzugeben.

13 A.a.O. (N.11), S.2287.

14 A.a.O.

15 Siehe unten S. 200ff.

ungeachtet der mit seiner Realisierung verbundenen Ungesetzlichkeit nicht auf einen illegalen Leistungsgegenstand gerichtet sei.

Begonnen werden soll die nun folgende Einzelanalyse mit einer Untersuchung des Kriteriums der Ein- bzw. Zweiseitigkeit von Verbotsvorschriften.

II. Das auf eine einseitig gesetzwidrige Handlung gerichtete Rechtsgeschäft, das scheinbar auf eine einseitig gesetzwidrige Handlung gerichtete Rechtsgeschäft.

Zunächst einmal erscheint der Gedanke, ein Rechtsgeschäft, dessen Erfüllung mit einem einseitigen Verbotsverstoß verbunden sei, müsse nicht notwendig einen gesetzwidrigen Inhalt besitzen, als evidentermaßen in sich widersprüchlich. Denn auch eine in Aussicht genommene einseitig verbotswidrige Leistung verleiht ja zumindest dem auf sie bezogenen Teil des Rechtsgeschäftes den Charakter einer ihrem Inhalt nach ungesetzlichen Vereinbarung.

Betrachtet man jedoch diejenigen Sachverhalte einmal näher, bei denen aus der Einseitigkeit des Verbotsverstoßes gefolgert wird, das Geschäft besitze als ganzes keinen ungesetzlichen Inhalt, dann fällt es auf, daß dort die jeweils selbst nicht verbotswidrig handelnde Partei über den Rechtsbruch ihres Geschäftspartners in Unkenntnis ist.

Dies gilt insbesondere für den als Schulbeispiel[16] genannten Fall des gutgläubigen Ankaufes unterschlagener bzw. veruntreuter Sachen.

Dieselbe Konstellation war aber auch bei dem Vertrage anzutreffen, über dessen Wirksamkeit das Reichsgericht in seiner

---

16 Vgl.oben Text zu N.8 auf S.188.

Entscheidung vom 18.6.1920[17] zu befinden hatte. Es handelte sich dabei um den Verkauf verdorbener Lebensmittel, deren Zustand der Käuferin vor Anlieferung der Ware offensichtlich noch verborgen geblieben war, untersuchte doch das Gericht in den Urteilsgründen hypothetisch für den Fall beiderseitiger Kenntnis die Frage etwaiger Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäftes[18]. Zwar verneinte das Reichsgericht die von der Klägerin geltend gemachte Nichtigkeit des Vertrages in erster Linie mit der Erwägung, daß nur der beklagte Verkäufer gegen nahrungsmittelrechtliche Vorschriften verstoßen habe[19]. Wie sich jedoch sogleich[20] zeigen wird, bezieht die Entscheidung ihre Überzeugungskraft nicht aus diesem Faktum, sondern aus dem Umstand der bloß einseitigen Kenntnis von der Gesetzwidrigkeit.

Man geht bei der Beurteilung von Rechtsgeschäften, bei deren Vollzug sich ein einseitiger Gesetzesverstoß ereignet, allzu selbstverständlich davon aus, daß dieses Verhalten genau dem entspreche, das der Täter nach dem Inhalt der Vereinbarung schulde. Immer dann aber, wenn die Gegenpartei bei Abschluß des Geschäftes von dem Gesetzesverstoß keine Kenntnis besitzt, ist gerade ein solcher Schluß nicht mehr ohne weiteres möglich. Vielmehr kann nun nur noch von Fall zu Fall entschieden werden, ob der einseitige, dem anderen Vertragsteil nicht bekannte Gesetzesverstoß überhaupt Eingang in den Inhalt der Vereinbarung gefunden habe.

Dieser Gedankengang soll zunächst am Beispiel des gutgläubigen Ankaufes unterschlagener Sachen verdeutlicht werden:

Kauft etwa A von B eine Uhr, die diesem entgegen dessen wahrheitswidrigen Behauptung, deren Eigentümer zu sein, nicht

---

17 RGZ 100, 39ff.

18 A.a.O. S.41/42.

19 A.a.O. S.40.

20 Siehe unten S.193ff.

gehört, so erwächst dem Käufer gem. § 433 Abs.1 S.1 BGB ein Anspruch auf Übereignung und Übergabe des Gegenstandes. Das zwischen A und B geschlossene Kaufgeschäft ist nicht gem. § 306 BGB nichtig. Zwar mag B schon bei Eingehen des Vertrages zur Übereignung der Uhr außerstande sein, für ihren derzeitigen Eigentümer gilt dies aber nicht. Es ist mithin allenfalls ein anfängliches Unvermögen in der Person des B gegeben, das aber die Wirksamkeit des Geschäftes anerkanntermaßen[21] unberührt läßt.

Betrachtet man nun den Inhalt dieses Kaufgeschäftes, so läßt sich zunächst feststellen, daß B die Lieferung einer Speziessache schuldet, die ihm - jedenfalls im gegenwärtigen Zeitpunkt - nicht gehört. Ein solcher Vorgang ist im Wirtschaftsleben keineswegs selten anzutreffen und läßt sich daher auch nicht eo ipso mit einem Gesetzesverstoß in Verbindung bringen. Die Besonderheit besteht im vorliegenden Fall jedoch darin, daß B die Uhr von ihrem derzeitigen Eigentümer entweder nicht erwerben kann oder aber nicht erwerben will. Wüßte A hiervon und wäre gleichwohl bereit, sich die Uhr von B "liefern" zu lassen, so besäße der Kaufvertrag seines Inhaltes wegen den Charakter eines hehlerischen und damit im Sinne des § 134 BGB verbotswidrigen Rechtsgeschäftes. Da der Käufer in casu jedoch glaubt, B sei Eigentümer der Uhr, ist die Lieferung dieser Speziessache seiner Vorstellung nach rechtlich unbedenklich. Der Verkäufer demgegenüber ist sich aufgrund seiner Kenntnis von der wahren Sachlage dessen bewußt, daß die Erfüllung des Vertrages notwendig mit einem Gesetzesverstoß, nämlich einer Unterschlagung der Kaufsache, verknüpft ist. Maßgeblich für den Inhalt des Kaufvertrages sind nun jedoch nicht die der Gegenpartei jeweils verborgen bleibenden Vorstellungen und Motive der Beteiligten. Vielmehr kommt es darauf an, in welcher Weise sich das Leistungsversprechen des einen Geschäftspartners aus der Sicht des anderen interpretieren läßt. Gemessen hieran besitzt aber der Kaufvertrag

---

[21] Vgl. statt vieler: Erman/Battes, BGB, 6.Aufl., 1975, § 306, Anm.21 m.w.N.

zwischen A und B keinen ungesetzlichen Inhalt. Denn der Käufer muß ja die Offerte des Verkäufers so auffassen, daß dieser ihm Eigentum und Besitz an der Uhr auf legalem Wege verschaffen wolle. Bei dem gutgläubigen Ankauf einer unterschlagenen Sache weist das Kausalgeschäft mithin keinerlei inhaltlichen Bezug zu einem Gesetzesverstoß auf. Der Verkäufer schuldet - wie sonst so auch hier - die rechtlich einwandfreie Verschaffung von Eigentum und Besitz an der Kaufsache.

Die einzige Besonderheit besteht darin, daß dieser in casu seine Lieferpflicht unter Einsatz verbotswidriger Mittel zu erfüllen beabsichtigt. Nicht das Kausalgeschäft ist also mit einem einseitigen Verbotsverstoß verbunden. Dieser ereignet sich vielmehr erst bei der Erfüllung der rechtlich unbedenklichen Absprache.

Ein Konnex zwischen Kausalgeschäft und Gesetzesverstoß läßt sich nur unter einem vollkommen andersartigen Gesichtspunkt herstellen: Zu fragen ist nämlich, inwieweit die gesetzwidrige, so nicht geschuldete Leistungshandlung und der von ihr herbeigeführte Leistungserfolg - Eigentumserwerb des gutgläubigen Käufers gem. §§ 932ff. BGB - geeignet sind, die nach dem Inhalt des Kausalgeschäftes rechtlich unbedenkliche Leistungspflicht zu erfüllen[22]. Diese Problematik hat aber mit dem hier

---

22 Dieses Problem wird in erster Linie im strafrechtlichen Bereich behandelt, geht es darum festzustellen, ob der Verkauf einer nicht dem Täter gehörenden Sache an einen Gutgläubigen den Tatbestand des Betruges erfüllt. Das Vorliegen des hierzu erforderlichen Vermögensschadens wird heute mit der Begründung verneint, der gutgläubige Eigentumserwerb sei wirtschaftlich betrachtet nicht geringwertiger als der Erwerb von einem Berechtigten (vgl. dazu etwa Schönke/Schröder/Cramer, StGB, 20.Aufl., 1980, § 263, Anm. 111; anders jedoch die Rechtsprechung, die teils unter dem Gesichtspunkt der Makelhaftigkeit gutgläubig erworbener Sachen, teils unter dem des erhöhten Prozeßrisikos einen Vermögensschaden für gegeben ansieht; vgl. dazu die zahlreichen Nachweise bei Schönke/Schröder, a.a.O.). Im Zivilrecht geht die überwiegende Meinung dahin, daß die Rechtsverschaffungspflicht des Verkäufers auch dann erfüllt sei, wenn der Käufer lediglich aufgrund von Gutglaubensvorschriften Eigentum erworben habe (vgl.etwa: Erman/Weitnauer, BGB, 6.Aufl.,1975, § 433, Anm.5; Palandt/Putzo, BGB, 39.Aufl., 1980, § 433, Anm.2 b aa).

untersuchten Thema, wann ein Kausalgeschäft einen verbotswidrigen Inhalt besitze, nichts zu tun.

Der - scheinbare- Widerspruch, daß das Geschäft inhaltlich auf einen einseitigen Verbotsverstoß bezogen sei, gleichwohl aber nicht als gesetzwidrig bezeichnet werde, beruht also in Wahrheit auf einer mangelnden Differenzierung zwischen der vertraglich geschuldeten und der tatsächlich erbrachten Leistungshandlung.

Im Prinzip dieselben Erwägungen treffen auch auf jenen Kaufvertrag über verdorbene Lebensmittel zu, mit dem sich das Reichsgericht[23] zu befassen hatte. Allerdings ging es hier nicht um eine Verletzung der Rechtsverschaffungspflicht bzw. die Erfüllung derselben unter Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot, das ein individuelles Eigentumsrecht schützt. Vielmehr hatte der Beklagte, der der Klägerin gegenüber zur Lieferung von 100 Zentnern Kaffee-Ersatz verpflichtet war[24], eine mangelhafte, weil vollkommen verdorbene[25], Ware geleistet und dadurch gegen die dem Schutz der Allgemeinheit dienende Vorschrift des § 12 Nr.1 des Nahrungsmittelgesetzes vom 14.5. 1879[26] verstoßen. Ungeachtet dieser Unterschiede im Detail weisen jedoch beide Fälle dieselbe Grundstruktur auf.

Beide Male wäre eine vertragsmäßige Leistung gleichzeitig auch eine gesetzmäßige Leistung gewesen. Denn ebenso wie der Käufer nur die Verschaffung des Eigentums auf legalem Wege verlangen kann, steht dem Erwerber von nur der Gattung nach bestimmten Lebensmitteln gem. § 243 Abs.1 BGB ein Anspruch auf Lieferung von Ware durchschnittlicher Qualität zu, die zumindest deren Eignung für den menschlichen Genuß voraussetzt.

---

[23] RGZ 100, 39ff. (siehe oben S.191).

[24] A.a.O. S.39.

[25] A.a.O. S.39.

[26] RGBl. S.145.

Es ist mithin in den Fällen einseitiger Verbotsverstöße, von denen der andere Vertragsteil keine Kenntnis besitzt, immer zunächst einmal zu untersuchen, welche Leistung der Geschäftspartner diesem eigentlich genau versprochen hat.

Soweit es - wie bisher - um vertretbare Leistungen, insbesondere die Lieferung von Sachen, geht, wird das den Inhalt des Geschäftes bestimmende Versprechen der später mit dem Gesetz in Konflikt geratenden Vertragspartei im Zweifel auf einen rechtlich einwandfreien Erfolg gerichtet sein.

Anders stellt sich die Situation allerdings dar, wenn sich eine Partei zu einer höchstpersönlichen Leistung bereit erklärt, die sie nur unter Verstoß gegen gesetzliche Verbote zu erbringen vermag. Dann nämlich wird eine gesetzmäßige Erfüllung in der Regel unmöglich oder aber dem Versprechenden zumindest nicht zumutbar sein.

So läßt sich etwa der mit einem nicht zugelassenen Rechtsberater geschlossene Geschäftsbesorgungsvertrag auch dann, wenn der Klient von der fehlenden Berechtigung seines Vertragspartners keine Kenntnis besitzt, wohl kaum dahin auslegen, der Berater müsse seine Zulassung herbeiführen, um die Interessen des Mandanten lege artis wahrnehmen zu können. Vielmehr haben wir es hier mit einem auf einen einseitigen Verbotsverstoß[27] gerichteten Rechtsgeschäft zu tun, bei dem lediglich einer der Beteiligten die wahre Natur der Vereinbarung verkennt.

Es gibt aber nicht selten Rechtsgeschäfte, die nur scheinbar einen ungesetzlichen Inhalt haben, sich aber bei eingehender Analyse desselben als vollkommen legal erweisen.

---

[27] Das Verbot des Art.1 § 1 iVm § 8 des Rechtsberatungsgesetzes richtet sich nur gegen den Berater, nicht aber gegen dessen Klienten (vgl. BGHZ 37, 258 (v. 25.6.1962), S.261/262).

III. Die Unterscheidbarkeit nach erlaubtem Leistungserfolg und verbotener Leistungshandlung, ein Kriterium für die Beurteilung des Rechtsgeschäftsinhaltes?

Die Verfechter der Methode, das Urteil über Erlaubt- bzw. Verbotensein eines Rechtsgeschäftsinhaltes daran auszurichten, ob sich der Leistungserfolg als unbedenklich von der Leistungshandlung abschichten lasse, können bei ihrem Vorgehen zwei sehr unterschiedlich geartete Bezugspunkte wählen.

Einmal ist es möglich, darauf abzustellen, ob die verletzte Verbotsvorschrift handlungs- oder aber erfolgsorientiert sei. Zum anderen ist es aber auch denkbar, eine Differenzierung dahingehend vorzunehmen, ob die Parteivereinbarung das verbotene Verhalten dem Leistungserfolg oder aber der ihm vorgelagerten Leistungshandlung zuordne.

Literatur[28] wie Rechtsprechung[29] heben durchgehend auf das erste Kriterium ab. Es wird sich jedoch noch zeigen, daß auch der zweite Gesichtspunkt nicht minder wichtig ist. Allerdings hängt er von jenem insoweit ab, als er erst dann Bedeutung erlangen kann, wenn zuvor feststeht, daß die betreffende Verbotsvorschrift ihrem Wesen nach die Vornahme von Handlungen, nicht aber den Eintritt von Erfolgen untersagen soll.

---

[28] Vgl. etwa: Flume, Rechtsgeschäft, 3.Aufl., 1979, § 17, 4, S.347; Larenz, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II, S.378; Palandt/Heinrichs, BGB, 39.Aufl., 1980, § 134, Anm. 2 a; Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 134, Anm.20; Staudinger/Dilcher, BGB, 12.Aufl., 1979, § 134, Anm.31. (Allerdings wird in diesen Literatur-Stimmen nicht immer deutlich genug danach unterschieden, ob es hierbei um die Frage des Verbotenseins des Rechtsgeschäftes oder aber die seiner Wirksamkeit gehe.)

[29] Vgl. etwa: RGZ 103, 263 (v. 9.12.1921), S.264/265; KG Recht 1922, S.155 Nr.788 (v. 24.11.1921) sowie die beiden bereits erwähnten Entscheidungen OLG Köln, NJW 1961, 1023 (v. 30.12.1960) und BGH NJW 1968, 2286 (v. 23.4.1968).

1. Die Bedeutung der Begriffe "Leistungserfolg" und "Leistungshandlung" in Bezug auf den Inhalt des Verbotsgesetzes:

An den nachfolgend untersuchten Beispielen des ungenehmigten Bauens und der unerlaubten Abgabe rezeptpflichtiger Medikamente wird jedoch deutlich werden, daß schon die Entscheidung, ob das Verbotsgesetz selbst handlungs- oder aber erfolgsorientiert sei, sich nicht immer leicht treffen läßt.

a) Eine Analyse am Beispiel des § 367 Abs.1 Nr.15 StGB a.F. (Verbot des Bauens ohne Genehmigung):

§ 367 Abs.1 Nr.15 StGB a.F.[30] bestimmte: "Mit Geldstrafe ... oder mit Haft wird bestraft, wer als Bauherr, Baumeister oder Bauhandwerker einen Bau oder eine Ausbesserung, wozu die polizeiliche Genehmigung erforderlich ist, ohne diese Genehmigung oder mit eigenmächtiger Abweichung von dem durch die Behörde genehmigten Bauplan ausführt oder ausführen läßt".

Der Wortlaut dieser Verbotsnorm deutet prima facie auf eine reine Handlungsbezogenheit - "ausführen eines Baues" - hin, was für die Richtigkeit des bereits[31] erwähnten Urteils des OLG Köln sprechen würde, ein auf ein ungenehmigtes Bauvorhaben gerichteter Werksvertrag verstoße nur hinsichtlich der Art und Weise seiner Ausführung gegen § 367 Abs.1 Nr.15 StGB[32].

Bei einer eingehenderen Analyse der Vorschrift zeigt sich jedoch, daß diese zwar nicht im formellen Sinne als "Erfolgsdelikt" ausgestaltet ist, wohl aber in materieller Hinsicht - zumindest teilweise - die Funktion eines solchen zu erfüllen hat.

---

[30] Siehe dazu oben S.186 N.2.

[31] Siehe oben S.186.

[32] NJW 1961, 1023, S.1024.

Unter den Begriff des "bauens" im Sinne des § 367 Abs.1 Nr.15 StGB fallen alle Arbeiten, die nach den anerkannten Regeln der Baukunst vorgenommen werden müssen, um Gefahren für andere auszuschließen[33]. Nun kann das Bauen in zweifacher Beziehung Gefahrensituationen schaffen:

Zum einen ist die Durchführung der Bauarbeiten selbst mit Risiken verbunden, unterbleiben die notwendigen Sicherheitsvorkehrungen. So können nicht standsicher errichtete Gerüste einstürzen, unsachgemäß geführte Baumaschinen Schäden verursachen.

Zum anderen kann aber auch das Bauwerk, also das Endergebnis der Bauarbeiten, Quelle mannigfacher Gefahren sein. Man denke etwa an die Folgen eines Bauens auf der Grundlage falscher statistischer Berechnungen.

§ 367 Abs.1 Nr.15 diente nun vornehmlich dazu, die zuletzt geschilderten Auswirkungen ungenehmigter Bautätigkeit abzuwehren, während der Tatbestand des § 367 Abs.1 Nr.14 den Verstoß gegen Sicherheitsvorschriften bei der Bauausführung pönalisierte[34].

Zwar lag eine Übertretung im Sinne des § 367 Abs.1 Nr.15 auch dann vor, wenn erst Arbeiten für ein ungenehmigtes Bauwerk durchgeführt wurden, ohne daß dieses selbst schon hätte fertig errichtet zu sein brauchen. So sah das OLG Dresden[35]

---

33 Vgl. Schönke/Schröder, StGB, 17.Aufl., 1974, § 367, Anm.8O.

34 Es zählt allerdings zu der Ausführung von Bauten auch der Abbruch von Gebäuden (vgl. Schönke/Schröder, StGB, 17.Aufl. 1974, § 33O, Anm.4 m.w.N.). Bei dieser Tätigkeit kann kein gefahrdrohender Endzustand eintreten, so daß das Verbot des § 367 Abs.1 Nr.15 StGB insoweit materiell wie formell handlungsbezogen ist.

35 HRR 1929, Nr.1541 (v. 6.3.1929).

in dem Errichten eines Schalgerüstes für Betonarbeiten und dem Einlegen von Baustahl in dasselbe die Ausführung eines ungenehmigten Baues. Das Gericht aber begründete seine Entscheidung damit, daß dieses besondere Gerüst anders als die üblichen Gerüste bei Neubauten der Formgebung des Gebäudes diene und das eingelegte Rundeisen sogar schon einen bleibenden wesentlichen Bestandteil des Bauwerkes bilde[36]. Das Verbot des § 367 Abs.1 Nr.15 war demnach zumindest insoweit "erfolgsorientiert", als die von ihm untersagten Handlungen unmittelbar auf die körperliche Gestaltung des nichtgenehmigten Bauwerkes gerichtet sein mußten. Es verlagerte also die Strafbarkeit im Hinblick auf die Abwehr unerwünschter Erfolge schon in den Bereich der zu ihrer Herbeiführung geeigneten Vorbereitungshandlungen hinein.

Somit mißbilligte § 367 Abs.1 Nr.15 bestimmte Erfolge, ohne daß allerdings deren Eintritt zum Tatbestandsmerkmal erhoben worden wäre.

Angesichts dieser Normstruktur läßt sich nun aber nicht mehr ohne weiteres argumentieren, daß der auf die Errichtung eines Schwarzbaues gerichtete Werkvertrag nur hinsichtlich der Art und Weise seiner Durchführung mit einem gesetzlichen Verbot kollidiere. Denn auch der durch die Arbeiten herbeigeführte Dauerzustand - Existenz eines nicht genehmigten Bauwerkes - widerspricht den Anforderungen der Rechtsordnung. In ihm perpetuiert sich das rechtswidrige Verhalten des Unternehmers, wenngleich das Delikt des § 367 Abs.1 Nr.15 mit Abschluß der Bautätigkeit im strafrechtlichen Sinne "beendet" war[37].

---

[36] HRR 1929, Nr.1541 (v. 6.3.1929).

[37] Vgl. zur Frage der Tatbeendigung, die für den Beginn der Verjährungsfrist bedeutsam war: RGSt 37, 78 (v. 15.2.1904), S.79.

Die Entscheidung des OLG Köln[38], der Bauhandwerkervertrag besitze keinen gesetzwidrigen Inhalt, vermag also zumindest insoweit nicht zu überzeugen, als dieses Ergebnis zu einer - vorgeblichen - Unterscheidbarkeit von erlaubtem Leistungserfolg und verbotener Leistungshandlung hergeleitet wird[39].

Daß § 367 Abs.1 Nr.15 formell als handlungsbezogener Tatbestand ausgestaltet ist, spricht - wie oben dargestellt wurde - nicht gegen eine Erfolgsbezogenheit im materiellen Sinne. Nur sie aber kann darüber entscheiden, ob das betreffende Rechtsgeschäft auf einen erlaubten oder verbotenen Leistungsgegenstand gerichtet ist.

b) Eine Analyse am Beispiel der §§ 45 Abs.1 Nr.6 und 8, 28 Abs.1, 35 Abs.1 des Arzneimittelgesetzes (Verbot der Abgabe verschreibungspflichtiger Medikamente ohne ärztliches Rezept außerhalb einer Apotheke):

Das bereits[40] erwähnte Urteil des Bundesgerichtshofes vom 23.4.1968[41] befaßte sich mit der Frage der Wirksamkeit eines Kaufvertrages über arzneimittelhaltiges Viehfutter, den ein Vertriebsunternehmer mit einem Großhändler geschlossen hatte.

Das Gericht führte dabei in einem obiter dictum[42] aus, daß selbst der Verkauf derartiger Stoffe an Endverbraucher ohne ärztliche Verschreibung und unter Ausschalten der Apotheken zivilrechtlich wirksam sei, wenngleich derartiges Verhalten

---

38 NJW 1961, 1023, S.1024.

39 Möglicherweise ist die Entscheidung jedoch unter einem anderen Gesichtspunkt zu billigen; nämlich unter dem, daß § 367 Abs.1 Nr.15 StGB eine "Ordnungsnorm" gewesen sei (siehe dazu unten S.213ff.).

40 Siehe oben S.188.

41 NJW 1968, 2286 = LM Nr.56 zu § 134 BGB.

42 A.a.O. S.2287.

gegen das Arzneimittelgesetz, nämlich die Verbote der §§ 28 Abs.1[43], 35 Abs.1[44] in Verbindung mit § 45 Abs.1 Nr.6 und 8, verstoße. Es begründete seine Auffassung damit, die verletzten Normen enthielten "bloßes gesundheitspolizeiliches Ordnungsrecht"[45]. Dieses Urteil wiederum stützte der BGH auf folgende Erwägung:[46] "Sie (die oben zitierten Vorschriften des Arzneimittelgesetzes, d.Verf.) mißbilligen nicht ausnahmslos das wirtschaftliche Ergebnis, wenn ein Arzneimittel ohne Rezept eines Arztes und ohne Einschaltung eines Apothekers in die Hand des Verbrauchers gekommen ist. Sie wenden sich nur, um mögliche Gefahren zu verhüten, gegen die Art und Weise[47], wie der Verbraucher das Arzneimittel erhalten hat".

Der BGH qualifizierte also die betreffenden Normen des Arzneimittelgesetzes in gleicher Weise als handlungsbezogene Tatbestände, wie es das OLG Köln hinsichtlich des in § 367 Abs.1 Nr.15 StGB a.F. ausgesprochenen Bauverbotes getan hatte.

Eindeutiger aber noch als jenes Verbot wenden sich die §§ 28 Abs.1, 35 Abs.1 des Arzneimittelgesetzes ihrer Intention nach gegen das Herbeiführen eines mißbilligten Erfolges, scheint auch ihrem Wortlaut nach nur ein bestimmtes Tun - nämlich das "Abgeben" von Arzneimitteln außerhalb einer Apotheke bzw. ohne ärztliche Verschreibung - untersagt zu sein. Sinn der Vorschriften über die Apotheken- und (oder) Rezeptpflichtigkeit von Arzneimitteln ist es, den gesundheitlichen Gefahren zu begegnen, die daraus erwachsen können, daß medizi-

---

[43] § 28 Abs.1 ordnet an, daß Arzneimittel im Einzelhandel grundsätzlich nur über Apotheken abgegeben werden dürfen.

[44] Gem. § 35 Abs.1 können Verbraucher Arzneimittel, für die dies durch Rechtsverordnung vorgeschrieben ist, nur gegen Vorlage einer ärztlichen, zahnärztlichen bzw. tierärztlichen Verschreibung erwerben.

[45] A.a.O. (N.41), S.2287.

[46] A.a.O.

[47] Hervorhebung nicht im Original.

nische Laien ohne die Anleitung und Kontrolle fachlich geschulter Personen über derartige Stoffe verfügen[48]. Diese Risiken gehen aber nicht unmittelbar von der Handlung des "Abgebens" von Medikamenten aus. Gefahrenträchtig ist vielmehr der Dauerzustand, der sich an den Vorgang des Aushändigens der Arzneimittel anschließt. Nicht das "Bekommen" der Mittel, sondern das "Haben" derselben stellt die Situation dar, die der Gesetzgeber mit Hilfe der von ihm aufgestellten Verbote unterbinden will.

Die Vorschriften der §§ 28 Abs.1, 35 Abs.1 und 45 Abs.1 Nr.6 und 8 des Arzneimittelgesetzes sind also insoweit "erfolgsorientiert", als die Tathandlung dahin geführt haben muß, einer hierzu nicht berechtigten Person die freie Verfügungsmacht[49] über Arzneimittel zu verschaffen. Nicht erforderlich ist es aber, daß eine konkrete Gefährdung von Leib oder Leben des Konsumenten bzw. dritter Personen eintritt. Es sind daher Fallgestaltungen denkbar, bei denen zwar die arzneimittelrechtlichen Verbote formell verletzt sind, es aber an der typischerweise hieraus entstehenden Gefahrensituation einmal fehlt.

Gerade derartige Sachverhalte mag der Bundesgerichtshof ins Auge gefaßt haben, wenn er die Verbote des Arzneimittelgesetzes als "bloßes gesundheitspolizeiliches Ordnungsrecht" bezeichnet. Die Frage, ob es sachlich gerechtfertigt ist, in dieser Weise zwischen Verbotsnormen größeren und solchen geringeren Gewichts zu unterscheiden, wird uns noch an anderer Stelle eingehend beschäftigen[50]. Ein Ergebnis läßt sich aber

---

48 Zur Ratio der §§ 28, 35 des Arzneimittelgesetzes vgl.: Etmer/Bolck, Kommentar zum Arzneimittelgesetz, Stand: 1.5.1970, § 28, Anm.2 und § 35, Anm.3, S.94/95.

49 "Verfügungsmacht" hier verstanden als tatsächliches Nutzenkönnen der Arzneimittel.

50 Siehe dazu unten S.213ff.

bereits hier festhalten: Der Ordnungsnormcharakter der §§ 28 und 35 des Arzneimittelgesetzes kann sich jedenfalls nicht daraus ergeben, daß diese Vorschriften handlungsbezogen wären. Sie dienen der Abwehr eines mißbilligten Erfolges, der allerdings nicht in der Beeinträchtigung oder auch nur konkreten Gefährdung von Rechtsgütern zu bestehen braucht.

Man hat es also auch in casu mit Vorschriften zu tun, die sich nur scheinbar darauf beschränken, die Art und Weise der Durchführung eines Rechtsgeschäftes zu regeln, in Wahrheit aber gegen bleibende Folgen seines Vollzuges gerichtet sind.

Die beiden zuvor analysierten Normbeispiele zeigen, daß Verbote zuweilen trotz ihres formellen Handlungsbezuges materiell gesehen erfolgsorientiert sein können. Die Zugehörigkeit zu bestimmten Sachgebieten - etwa zu dem Bereich des Gewerberechts - läßt also nicht eo ipso die Folgerung zu, die betreffende Norm beschäftige sich nur mit den Modalitäten der Erfüllung einer Vereinbarung, ohne gegen ihren wirtschaftlichen Enderfolg gerichtet zu sein.

2. Die Bedeutung der Begriffe "Leistungserfolg" und "Leistungshandlung" in Bezug auf den Inhalt des Kausalgeschäftes:

Man schließt gemeinhin aus dem Handlungsbezug einer Verbotsnorm darauf, daß der mit Hilfe der ungesetzlichen Handlung herbeigeführte Leistungserfolg selbst im Einklang mit der Rechtsordnung stehe. Dieser Auffassung ist sicherlich insoweit zu folgen, als sie besagt, daß sich bei vielen Verbotsnormen in tatsächlicher Hinsicht zwischen einer verbotswidrigen Leistungshandlung und einem Leistungserfolg unterscheiden lasse, in dem sich der Rechtsverstoß nicht fortsetze.

So ist etwa bei der Erfüllung eines Kaufgeschäftes nach Eintritt der Sperrstunde die gesetzwidrige Handlung des Geschäftsinhabers in dem Zeitpunkt beendet, in dem der Kunde mit der gewünschten Ware versehen das Ladenlokal verläßt. Der wirtschaftliche Erfolg des Geschäftes - der Käufer ist Eigentümer und Besitzer der Kaufsache - wirkt demgegenüber unberührt von dem Gesetzesverstoß fort. Hebt man auf den Inhalt der in casu verletzten Verbotsvorschriften ab, so ist es gerechtfertigt, davon zu sprechen, nur das "Wie" der Geschäftsabwicklung stehe im Widerspruch zur Rechtsordnung.

Von einer solchen Betrachtungsweise gehen offensichtlich auch all diejenigen Literatur-Stimmen[51] aus, die zwar ein Leistungsversprechen ohne Rücksicht auf die Art des Gesetzesverstoßes insoweit für verbotswidrig (und wirksam) halten, als es eine Pflicht zur Vornahme ungesetzlicher Handlungen begründen soll, für den Fall seiner freiwilligen Erfüllung jedoch einen Anspruch auf die zugesagte Gegenleistung anerkennen. Für sie enthält das Restrechtsgeschäft - das auf den Gesetzesverstoß gerichtete Leistungsversprechen ist ihrer Ansicht nach nichtig - keinen unerlaubten Inhalt mehr:

Zweck der für wirksam erachteten Teilvereinbarung ist es

---

[51] Vgl. insbesondere: Flume, Rechtsgeschäft, 3.Aufl., 1979, § 17, 4, S.347; Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, 1966, S.115ff. und 142ff.; ders., Zum Umfang der Nichtigkeit bei Verstößen gegen "öffentlich-rechtliche" Verbotsgesetze (§§ 35, 210 AVAVG), JZ 1966, 696, S.700; ders., JZ 1970, 506, S.507/508 (Anmerkung zum BGH-Urteil v. 12.1.1970, abgedruckt a.a.O. S.504ff.); ders., Allgemeiner Teil, Band 2, 1972, § 4 II 3, b 5, S.235 zu N.176; Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 134, Anm.20; in ähnlichem Sinne Larenz, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II, S.378 N.1.

vielmehr - so ein immer wieder vorgebrachtes Argument[52] - zu gewährleisten, daß das Herbeiführen eines objektiv mit den Gesetzen im Einklang stehenden Leistungserfolges nicht unbilligerweise ohne die von den Parteien ausgehandelte Vergütung bleibe.

Eine in dieser Form vorgenommene - also ausschließlich an der Struktur der verletzten Verbotsvorschrift ausgerichtete - Unterscheidung zwischen gesetzwidriger Leistungshandlung und rechtlich unbedenklichem Leistungserfolg berücksichtigt jedoch unter Umständen nicht genügend die wahre Natur von Vereinbarungen, deren Erfüllung nach übereinstimmender Vorstellung aller Beteiligten[53] nur auf eine nicht gesetzeskonforme Weise[54] möglich ist. Unbeachtet bleibt nämlich hierbei vielleicht, daß bestimmte Momente der Leistungshandlung zuweilen für die Parteien so wichtig sind, daß sie sich - wenn auch nicht auf sinnlich wahrnehmbare Art, so doch als rechtlich bedeutsamer Faktor - in dem Leistungserfolg fortsetzen und dadurch auch ihm den Charakter des Ungesetzlichen verleihen.

---

52 So findet sich beispielsweise bei Flume, Rechtsgeschäft, 3.Aufl., 1979, § 17, 4 S.347, die Wendung: "Denn der Sinn des Polizeistunden-Verbots ist nur, daß die Leistungshandlung unterbleiben soll, nicht aber, daß die erbrachte Leistung nicht bezahlt werden soll" (Hervorhebung nicht im Original).

53 Zwar brauchen sich die Parteien nicht der Gesetzwidrigkeit der vereinbarten Leistung bewußt zu sein. Jedoch darf auch nicht der Fall vorliegen, daß ein Vertragspartner das Leistungsversprechen des anderen so auffassen muß, dieser werde eine (objektiv) gesetzmäßige Leistung erbringen. Dann nämlich ist - wie oben S.190ff. ausgeführt - der Vertrag seinem Inhalt nach gar nicht mit einem Gesetzesverstoß in Verbindung zu bringen.

54 Es wird sogleich im einzelnen untersucht werden, in welcher Weise der Inhalt eines Rechtsgeschäftes zu bewerten ist, das sowohl ein gesetzmäßiges als auch ein gesetzwidriges Erbringen des Leistungserfolges zuläßt.

Dieses Bedenken soll im Folgenden an drei Beispielen von Rechtsgeschäften verdeutlicht werden, bei denen sich prima facie ein erlaubter Leistungserfolg von einer verbotswidrigen Leistungshandlung abstrahieren läßt.

a) Das verbotswidrige Kaufgeschäft nach Ladenschluß:

Kommt es zum Abschluß eines Kaufvertrages, der unter Verstoß gegen die Bestimmungen des Ladenschlußgesetzes erfüllt werden soll[55], so läßt sich - wie bereits ausgeführt - im gegenständlichen Sinne zwischen der ungesetzlichen Leistungshandlung und dem rechtlich unbedenklichen Leistungserfolg differenzieren. Diese Zweiteilung spiegelt sich dann auch in der rechtlich-wirtschaftlichen Struktur des Geschäftes wider, sind die von den Vertragspartnern gewählten Umstände seiner Erfüllung nach dem Inhalt der zwischen ihnen getroffenen Vereinbarung entweder vollkommen bedeutungslos oder doch nur von untergeordneter Wichtigkeit.

Dies trifft beispielsweise für die Anschaffung höherwertiger Konsumgüter zu. Denn hierbei spielt der Zeitpunkt der Vertragserfüllung naturgemäß keine oder zumindest keine wesentliche Rolle. Demgemäß läuft auch der Händler, sollte er die Ware abredewidrig (erst) während der gesetzlichen Öffnungszeit liefern, nicht Gefahr, seinen Kaufpreisanspruch einzubüßen. Der Käufer könnte ihm nicht entgegenhalten, die tatsächlich erbrachte Leistung unterscheide sich von der geschuldeten so weitgehend, daß er sie nicht mehr abzunehmen und zu vergüten brauche[56].

Vollkommen anders stellt sich aber die Situation bei dem Einkauf von Gütern des täglichen Bedarfes dar. Geschäfte

---

[55] Siehe oben S.204.

[56] Es handelt sich bei dem Kaufvertrag nicht um ein "absolutes Fixgeschäft", bei dem eine verzögerlich erbrachte Leistung einer Nichtleistung gleichzusetzen wäre.

dieser Art werden wesentlich vom Zeitmoment bestimmt. Der vergeßliche Ehemann etwa, der nach Ladenschluß noch einen Blumenstrauß zur Feier des Hochzeitstages kaufen will, ist offensichtlich nicht an einem Gebinde interessiert, über das er erst am nächsten Tage verfügen kann. Die im Einklang mit der Rechtsordnung, jedoch verspätet erbrachte Leistung müßte er nicht akzeptieren. Dem Geschäftspartner ist hier nicht eine Wahlmöglichkeit zwischen erlaubter oder verbotswidriger, in jedem Falle aber vertragsmäßiger, Leistungshandlung gelassen. Im Leistungserfolg, nämlich der Komponente seines zeitlichen Eintrittes, perpetuiert sich somit - rechtlich betrachtet - der Gesetzesverstoß, entscheidet doch gerade die Vornahme oder Nichtvornahme der vom Gesetz inkriminierten Handlung darüber, ob der Schuldner sein Leistungsversprechen überhaupt erfüllt hat.

Die Trennung zwischen gesetzwidriger Leistungshandlung und erlaubtem Leistungserfolg ist in casu also nur dann möglich, wenn man sub specie des § 134 BGB einen anderen "Erfolgs-Begriff" verwendet, als er im übrigen für die rechtliche Beurteilung des Vertragsverhältnisses maßgeblich ist.

Geschieht dies aber, dann tritt an die Stelle der von den Parteien gewollten rechtsgeschäftlichen Beziehung ein Schuldverhältnis hypothetischer Art, dessen Inhalt nur deshalb gesetzeskonform ist, weil man ihn um die für die Beteiligten eigentlich wesentlichen Vereinbarungen verkürzt.

Diese Konsequenz wollen jedoch offensichtlich diejenigen[57] nicht in Kauf nehmen, die aus der freiwillig erfüllten Abrede mit nichtigem, weil gesetzwidrigem, Leistungsversprechen einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Leistung und einen Anspruch auf das Erbringen der Gegenleistung herleiten. Sie gehen stets davon aus, daß der nunmehr seine Vergütung fordernde Vertragsteil gerade die Leistung erbracht habe, zu

---

[57] Vgl. die Nachweise in N.51 auf S.204.

der er wegen des damit verbundenen Gesetzesverstoßes nicht hätte gezwungen werden dürfen.

Je nach dem Umständen des Falles[58] hat man es also auch bei den nach Ladenschluß zu erfüllenden Kaufverträgen mit Rechtsgeschäften zu tun, die einen gesetzwidrigen Leistungserfolg bezwecken. Jedoch wird diese Tatsache dadurch verdeckt, daß ein Teil des Leistungserfolges - und zwar der in gegenständlich faßbarer Weise fortwirkende Teil (Besitzen und Nutzen des Kaufgegenstandes) - selbst nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung steht.

Deutlicher tritt ein derartiger Zusammenhang jedoch bei dem nun folgenden Beispiel zu Tage:

b) Die Bewirtung nach Eintritt der Polizeistunde:

Zu den Verträgen, die trotz eines mit ihrer Erfüllung notwendig verbundenen Gesetzesverstoßes auf einen erlaubten Leistungserfolg gerichtet sein sollen, gehört auch der nach Eintritt der Polizeistunde abzuwickelnde Gastaufnahmevertrag zwischen dem Wirt und dem Besucher seines Lokals[59]. Hierzu führte etwa das Reichsgericht[60] in einer oftmals zitierten Entscheidung aus: "..., die Einführung einer Polizeistunde wendet sich nicht gegen den Abschluß privatrechtlicher Verträge, sie verfolgt den Zweck, die öffentliche Ruhe und Ordnung aufrechtzuerhalten und jetzt vielleicht auch den weiteren Zweck, Licht und Heizung und damit Kohlen zu sparen."[61]

---

[58] Es kommt darauf an, wie wichtig dem Käufer Ort und Zeitpunkt der Vornahme der Erfüllungshandlung sind.

[59] Vgl. etwa Flume, Rechtsgeschäft, 3.Aufl., 1979, § 17, 4, S.347; Larenz, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II, S.378 N.1.

[60] RGZ 103, 263 (v. 9.12.1921), S.264/265.

[61] A.a.O.

Für die Frage der Trennbarkeit eines erlaubten Leistungserfolges von einer gesetzwidrigen Leistungshandlung exemplarisch sind diejenigen Verträge, die Besucher einer Gaststätte mit deren Inhaber abschließen, um zum Zwecke geselligen Zusammenseins in den Geschäftsräumen verbleiben zu können[62]. Denn bei ihnen kommt den zeitlichen und räumlichen Umständen des Erbringens der vom Wirt zugesagten Dienstleistung eine besonders hohe Bedeutung zu. Anders als der Gast, der ein Lokal ausschließlich deshalb aufsucht, um dort seinen Hunger bzw. Durst zu stillen, sucht der "späte Zecher" in erster Linie die Kommunikation mit anderen Besuchern des Wirtshauses. Für ihn bilden der Ort und der Zeitpunkt seines Aufenthaltes keine zufälligen Elemente der Erfüllung des Gastaufnahmevertrages. Ja, der Verzehr von Speisen und Getränken wird vom Gast zuweilen als lästige, aber unvermeidbare Voraussetzung für den weiteren Verbleib in den Geschäftsräumen angesehen. Der eigentliche Leistungserfolg besteht also gerade in der Möglichkeit, über die Polizeistunde hinaus die Gaststätte als Treffpunkt geselligen Verkehrs zu benutzen. Damit bildet das Dulden eines Zustandes, den die Polizeivorschriften gerade verhindern wollen, ein wesentliches Element der vom Gastwirt zu erbringenden Leistung. Im Gegensatz zu dem nach Ladenschluß abzuwickelnden Kaufgeschäft bleibt hier auch nicht einmal ein Teil des Leistungserfolges übrig, der - selbst rechtlich unbedenklich - den Gesetzesverstoß überdauern würde[63].

Es läßt sich also bei Verträgen, die im Widerspruch zu Ladenschluß- bzw. Polizeistundenvorschriften durchgeführt werden, nicht ohne weiteres zwischen einer verbotenen Leistungshandlung und einem erlaubten Leistungserfolg unter-

---

62 Sie entsprechen denjenigen Kaufverträgen, die nur abgeschlossen werden, weil ihre Erfüllung nach Ladenschluß zugesagt ist.

63 Es sei denn, man würde die Erinnerung an einen "gelungenen Abend" als solchen bezeichnen.

scheiden. Vielmehr hängt die Möglichkeit einer derartigen Differenzierung in jedem Einzelfall von dem wirtschaftlichen Charakter einer derartigen Vereinbarung ab.

Ist die gesetzwidrige Leistungshandlung für den Leistungserfolg von wesensmäßiger Bedeutung, dann "belohnt" aber auch die Gegenleistung des Geschäftspartners eben diesen Rechtsbruch.

Die zur Behandlung solcher Rechtsgeschäfte vorgeschlagene Konstruktion[64], zwar Ansprüche auf Erfüllung bzw. auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung auszuschließen, die Vereinbarung im übrigen aber anzuerkennen, führt nicht - wie es zunächst den Anschein hat - dazu, einen auf eine verbotswidrige Leistung gerichteten Inhalt durch einen rechtlich unbedenklichen zu ersetzen. Vielmehr tauscht man auf diesem Wege lediglich die synallagmatische Beziehung zwischen der verbotenen Leistung der einen Seite und der Gegenleistung der anderen Seite gegen eine konditionale aus. Die gesetzwidrige Handlung muß zwar nicht vorgenommen werden, bildet aber gerade die Bedingung, von deren Eintritt das Entstehen des Gegenleistungsanspruches abhängt.

Es mag unter einem anderen - im weiteren Verlauf der Untersuchung[65] zu erörternden - Gesichtspunkt sachlich begründet sein, Rechtsgeschäfte, deren Vollzug mit gewerberechtlichen Verboten oder ähnlichen "Ordnungsnormen" kollidiert, für wirksam zu erachten. Aus einer Unterscheidbarkeit zwischen verbotswidriger Leistungshandlung und erlaubtem Leistungserfolg läßt sich ein derartiges Ergebnis jedoch nicht herleiten. Dies gilt jedenfalls immer dann, wenn der Charakter der Leistungshandlung für den Eintritt des Leistungserfolges bestimmend ist.

---

[64] Siehe dazu oben S.204f.

[65] Siehe dazu unten S.213ff.

Aber auch unter einem anderen Aspekt ist es fragwürdig, aus der Unterscheidbarkeit von Leistungshandlung und Leistungserfolg Schlüsse auf die Qualität des Rechtsgeschäftsinhaltes ziehen zu wollen. Bei konsequenter Anwendung dieses Kriteriums müßten nämlich - wie das folgende Beispiel zeigen wird - auch Rechtsgeschäfte als teilwirksam[66] anerkannt werden, deren Durchführung mit schwerwiegenden kriminellen Handlungen verbunden ist.

c) Der gefährliche Gütertransport:

Einen wirtschaftlichen Vorgang, bei dem im gegenständlichen Sinne zwischen einer verbotswidrigen Leistungshandlung und einem erlaubten Leistungserfolg unterschieden werden kann, bildet die Durchführung von Beförderungsverträgen.

Die Leistungshandlung, das technische Abwickeln des Transportes, kann mit zahlreichen und möglicherweise äußerst gravierenden Gesetzesverstößen verbunden sein. Der Leistungserfolg hingegen, der Eintritt des Ortswechsels der beförderten Personen bzw. Güter, steht sicherlich nicht im Widerspruch zur Rechtsordnung.

Verpflichtet sich beispielsweise ein Frachtführer, einen Auftrag so schnell zu erledigen, daß sich hierbei notwendig Verkehrsstöße ereignen, die § 315 c Abs.1 StGB als Vergehen mit Freiheitsstrafe von bis zu 5 Jahren bedroht, so beschränkt sich das gesetzwidrige Verhalten auf die Dauer der zugesagten "Eilfahrt" und endet mit deren Abschluß. Von dem sie überdauernden Leistungserfolg geht hingegen keine Gefahr für den Straßenverkehr mehr aus.

Sub specie der Trennbarkeit von Leistungshandlung und Leistungserfolg müßte man demgemäß sagen, daß das Rechtsgeschäft nicht bezüglich seines wirtschaftlichen Gehaltes,

---

[66] Vgl. dazu oben S.204f.

sondern nur im Hinblick auf das "Wie" seiner Durchführung rechtlich bedenklich sei. Nun ist aber die Verletzung von Vorschriften, die Leib und Leben von Verkehrsteilnehmern schützen sollen, nicht mit Regelverstößen vergleichbar, die sich - wie etwa der Einkauf nach Ladenschluß - lediglich gegen die "gute Ordnung" richten. Eine auf die Abstrahierbarkeit des Leistungserfolges von der gesetzwidrigen Leistungshandlung abstellende Betrachtungsweise jedoch könnte diesen zweifellos vorhandenen Unterschieden nicht gerecht werden. Für sie wäre es notwendig ohne jede Bedeutung, in welchem Maße der Vollzug einer Parteivereinbarung mit der Rechtsordnung kollidiert.

3. Zusammenfassung:

Wie die vorangegangene Untersuchung gezeigt hat, ergeben sich mannigfache Schwierigkeiten, will man einen Rechtsgeschäftsinhalt im Hinblick auf § 134 BGB danach beurteilen, ob der mit dem Vollzug des Geschäftes zusammenhängende Gesetzesverstoß eine erfolgs- oder aber handlungsorientierte Norm betreffe.

Zunächst einmal kann die Verbotsvorschrift - ihrem in eine andere Richtung weisenden Wortlaut zuwider - nicht auf eine unerwünschte Handlung, sondern auf den durch sie herbeigeführten Erfolg bezogen sein. In den Fällen des ungenehmigten Bauens[67] und der verbotswidrigen Abgabe rezeptpflichtiger Arzneimittel[68] war jeweils ein Zusammenhang der soeben beschriebenen Art festzustellen.

Darüberhinaus braucht aber der geschuldete Leistungserfolg nicht schon deshalb rechtlich unbedenklich zu sein, weil der mit seinem Herbeiführen verbundene Gesetzesverstoß tat-

---

[67] Siehe dazu oben S.200.

[68] Siehe dazu oben S.203.

sächlich eine ihrem Inhalt nach handlungsbezogene Verbotsnorm betrifft. Entscheidend für die Bewertung des Rechtsgeschäfts ist vielmehr, welche Bedeutung die gesetzwidrige Leistungshandlung für den Charakter des Leistungserfolges besitzt. Nur dann, wenn sich dieser in der vereinbarten Form auch auf legalem Wege bewirken läßt, kann die Rede davon sein, das Geschäft verstoße nur hinsichtlich der Art seiner Durchführung, nicht aber bezüglich seines wirtschaftlichen Enderfolges gegen die Rechtsordnung. Andernfalls bildet die ungesetzliche Handlung einen wesensbestimmenden Bestandteil des Leistungserfolges, mag dieser sie auch nicht in der Gestalt eines gesetzwidrigen Dauerzustandes fortbestehen lassen.

Eine Unterscheidung zwischen erlaubtem Leistungserfolg und verbotswidriger Leistungshandlung führt somit nur dann zu angemessenen Resultaten, wenn sie sich sowohl an der Struktur der Verbotsvorschrift als auch an der des Rechtsgeschäftes selbst ausrichtet.

IV. Der "Ordnungsnormcharakter" einer Verbotsvorschrift, Kriterium für die Beurteilung des Rechtsgeschäftsinhaltes?

Sowohl in der Bauhandwerker-Entscheidung des Oberlandesgerichtes Köln[69] als auch in dem Futtermittel-Urteil des BGH[70] wird jeweils hervorgehoben, die verletzten Verbotsvorschriften hätten lediglich die Funktion erfüllt, die "öffentliche Ordnung" zu schützen.

Während das Oberlandesgericht Köln[71] von dieser Norm-Qualität auf die zivilrechtliche Wirksamkeit der gegen § 367 Abs.1 Nr.15 StGB a.F. verstoßenden Werkverträge schloß,

---

69 NJW 1961, 1023 (v. 30.12.1960); siehe dazu bereits oben S.197ff.

70 NJW 1968, 2286 (v. 23.4.1968); siehe dazu bereits oben S.200ff.

71 NJW 1961, 1023, S.1024.

leitete der BGH[72] aus der Feststellung, die §§ 28, 35 des Arzneimittelgesetzes enthielten "bloßes gesundheitspolizeiliches Ordnungsrecht"[72], sogar her, daß die betreffenden Kaufverträge hinsichtlich ihres wirtschaftlichen Enderfolges nicht mit dem Makel des Gesetzesverstoßes behaftet seien.

Offensichtlich sollen also Rechtsgeschäfte, deren Vollzug mit "Ordnungsnormen" kollidiert, entweder überhaupt schon keinen gesetzwidrigen Inhalt besitzen oder doch zumindest trotz eines solchen zivilrechtlich wirksam sein[73]. Im Rahmen

---

[72] NJW 1968, 2286, S.2287.

[73] Beide Gerichte folgen damit einer Auffassung, die in Rechtsprechung wie Literatur weitverbreitet ist. Vgl. etwa aus der Rechtsprechung: OLG Königsberg, Seuff.Arch. Bd.61, 1906, 263 (v.13.12. 1905) sowie OLG Frankfurt a.M., OLGZ 17, 1908, 25 (v.21. 10.1907). In beiden Entscheidungen, die erstgenannte betraf einen Nachbarvertrag über gesetzlich unstatthaftes Anbauen an eine Grundstücksgrenze, die letztgenannte das "Wohnvermieten" hierfür baupolizeilich nicht zugelassener Räumlichkeiten, kommt der Gedanke zum Ausdruck, daß Rechtsgeschäfte mit in eigentlichem Sinne unsittlichem oder rechtswidrigem Leistungsgegenstand von solchen zu unterscheiden seien, "welche mit Rücksicht auf das allgemeine Wohl verboten sind" (OLG Königsberg, a.a.O. S.263). - Im gleichen Sinne führte auch der VGH Kassel (Beschluß v. 20.3.1964), NJW 1964, 2444, aus, ein Mietvertrag verstoße nicht im Sinne des § 134 BGB gegen gesetzliche Verbote, wenn er die baupolizeiwidrige Nutzung von Räumen vorsehe. Das Gericht argumentierte dabei, die entsprechenden Vorschriften der hessischen Bauordnung richteten sich nur gegen die tatsächliche Nutzung, nicht aber gegen das Vermieten jener Räume. (Mit dieser etwas eigentümlich anmutenden Erwägung wird sich noch näher auseinanderzusetzen sein; siehe dazu unten S.221 N.91.)

Vgl. zu diesen Fragen aus der Literatur: Erman/H.Westermann, BGB, 6.Aufl., 1975, § 134, Anm.5; Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil, 2.Halbband, 15.Aufl., 1960, § 190 II 2, S.1158 sowie N.26-28 daselbst; Larenz, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II, S.378; Staudinger/Dilcher, BGB, 12.Aufl., 1979, § 134, Anm.3 und 31.

der hier untersuchten Frage, wann man es mit einem Kausalgeschäft verbotswidrigen Inhaltes zu tun habe, ist nur auf den zuerst genannten Gesichtspunkt einzugehen.

Dabei werden die Verbotsvorschriften mit "Ordnungsnorm-Charakter" zunächst am Beispiel der gesetzwidrigen Abgabe apotheken- und verschreibungspflichtiger Arzneimittel auf etwaige Besonderheiten hin untersucht.

1. Eine Analyse am Beispiel der §§ 45 Abs.1 Nr.6 und 8, 28 Abs.1, 35 Abs.1 des Arzneimittelgesetzes:

Wie sich bereits[74] herausgestellt hat, kann bei der ungesetzlichen Weitergabe apotheken- bzw. rezeptpflichtiger Arzneimittel nicht zwischen einer ungesetzlichen Leistungshandlung und einem erlaubten Leistungserfolg unterschieden werden. Vom Gesetze mißbilligt ist nicht der Vorgang des Aushändigens solcher Stoffe ohne Verschreibung und außerhalb einer Apotheke, sondern der sich daran anschließende Dauerzustand, daß sich nämlich medizinische Laien zu eigenem oder fremdem Schaden gefährlicher Medikamente bedienen können.

So gesehen regeln die Verbote des Arzneimittelgesetzes also nicht das bloße "Wie" der Abwicklung des Geschäftes, sondern sollen gerade den wirtschaftlichen Erfolg verhindern, den die Parteien mit ihrer Vereinbarung ins Auge gefaßt haben.

Zu beachten ist jedoch, daß dieser Erfolg nicht in jedem Falle eine Gefahrenquelle zu bilden braucht. Denn es ist ja nicht ausgeschlossen, daß zuweilen rezeptpflichtige Medikamente von Verbrauchern ohne ärztliche Verschreibung erworben werden, in deren Person die Voraussetzungen für das Erteilen eines Rezeptes durchaus erfüllt sind. Dies trifft etwa auf

---

[74] Siehe oben S.202.

den Fall eines Patienten zu, der mit einem bestimmten Medikament dauernd behandelt wird und in seinen Gebrauch eingewiesen ist. Vergißt es ein solcher Patient nun einmal, sich ein neues Rezept ausfertigen zu lassen und erwirbt stattdessen das Arzneimittel bei einem befreundeten Apotheker ohne ärztliche Verschreibung, dann ist der mit dem Vollzug des Kaufvertrages einhergehende Gesetzesverstoß tatsächlich nur "formeller Natur". Denn es besteht kein Risiko, daß der Verbraucher das Arzneimittel in unsachgemäßer Weise verwenden könnte.

Gleichwohl macht sich der hilfsbereite Apotheker eines Vergehens nach §§ 45 Abs.1 Nr.8, 35 Abs.1 des Arzneimittelgesetzes schuldig, setzt doch der Tatbestand der Verbotsnorm zu seiner formellen Vollendung nicht voraus, daß die Weitergabe der Medikamente eine Gefährdung von Leib und Leben des Konsumenten bzw. dritter Personen hervorruft.

Vielmehr ist das strafbewehrte Verbot der §§ 45 Abs.1 Nr.8, 35 Abs.1 als ein abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet. Zwar bildet die Gefahr gesundheitsschädlicher Folgen der unkontrollierten Abgabe von Arzneimitteln das gesetzgeberische Motiv[75] für das Schaffen der Strafvorschrift. Dieses Motiv hat jedoch - wie es für die abstrakten Gefährdungsdelikte typisch ist[76] - in die Norm selbst keinen Eingang gefunden. Sie ist ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalles stets dann verletzt, wenn verschreibungspflichtige Medikamente ohne Rezept an einen Verbraucher gelangen.

Unter diesem Gesichtspunkt kann man daher der in der Futtermittel-Entscheidung des BGH[77] geäußerten Ansicht nicht

---

[75] Siehe dazu oben S. 202 N.48.

[76] Vgl. Schönke/Schröder/Cramer, StGB, 20.Aufl., 1980, vor §§ 306ff., Anm.3 a m.w.N.

[77] NJW 1968, 2286, S.2287.

zustimmen, die Vorschriften der §§ 22, Abs.1, 31 Abs.1 des Arzneimittelgesetzes ermächtigten nicht "unmittelbar"[78] die wirtschaftlichen Resultate gegen sie verstoßender Kaufverträge. Die verbietende Struktur jener Vorschriften deutet hingegen gerade auf das Gegenteil hin.

Nimmt man die Existenz abstrakter Gefährdungsdelikte als Faktum hin, dann sind konsequenterweise auch alle Rechtsgeschäfte, deren Durchführung mit einem Verstoß gegen entsprechende Vorschriften verbunden ist, als solche gesetzwidrigen Inhaltes zu qualifizieren.

Zu überzeugen vermag die von BGH vorgenommene Unterscheidung zwischen "echten" Verbotsgesetzen im Sinne des § 134 BGB und "bloßen Ordnungsnormen" - zu denen insbesondere die abstrakten Gefährdungsdelikte zählen[79] - nur dann, korrespondiert sie mit einer entsprechenden Unterscheidung im originären Anwendungsbereich der Verbotsvorschriften.

Für den Beispielsfall der Weitergabe rezeptpflichtiger Medikamente ohne Verschreibung würde dies bedeuten:

Der Kaufvertrag zwischen dem Veräußerer der Arzneimittel und seinem Geschäftspartner ist dann nicht als auf einen gesetzwidrigen wirtschaftlichen Erfolg gerichtet anzusehen, wenn seine Durchführung in keiner wie auch immer gearteten

---

[78] NJW 1968, 2286, S.2287. Hervorhebung nicht im Original.

[79] Neben den abstrakten Gefährdungsdelikten rechnet man der Gruppe der "Ordnungsnormen" auch diejenigen Verbote zu, die der äußeren Ordnung und Kontrolle des Verkehrslebens dienen. Mit ihnen wird sich die Untersuchung auch noch beschäftigen; vgl. dazu unten S.222ff.

Weise[80] geeignet ist, die gesundheitlichen Gefahren hervorzurufen, um derentwillen die Verbotsvorschriften der §§ 28 Abs.1, 35 Abs.1 des Arzneimittelgesetzes geschaffen wurden, und daher auch keine Bestrafung nach diesen Normen erfolgen kann.

Der Lebensvorgang der Weitergabe rezeptpflichtiger Medikamente würde dann in strafrechtlicher Hinsicht keine andere Behandlung erfahren, als sie ihm in zivilrechtlicher Beziehung zukommt.

Die Möglichkeit solcherart widerspruchsfreien Nebeneinanders von Zivil- und Strafrecht ist durchaus gegeben. Denn es ist nicht zwingend, Handlungen, die das Gesetz im Hinblick auf ihre generelle Gefährlichkeit untersagt, ohne Rücksicht auf die Gegebenheiten des Einzelfalles als verbotswidrig einzustufen. Vielmehr ist es sogar unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit staatlicher Reaktionsmittel bedenklich, Straftatbestände auch auf solche Verhaltensweisen zu erstrekken, die in concreto keinerlei Gefahr für den Bestand von Rechtsgütern bedeuten.

---

80 Allerdings sind in dieser Beziehung sehr hohe Anforderungen zu stellen; das bloße Vertrauen des Täters, "es werde schon nichts passieren", reicht sicherlich nicht aus, um die Tatbestandsmäßigkeit seines Verhaltens zu verneinen. Vielmehr müssen alle Voraussetzungen erfüllt sein, von denen ein pflichtgemäß handelnder Arzt die Verschreibung eines Medikamentes abhängen lassen würde. Die Abwehr von Gefahren, die auch dann noch eintreten können - es geraten etwa Kinder im Haushalt des Konsumenten an die Arznei und vergiften sich - liegen außerhalb des Schutzbereiches der arzneimittelrechtlichen Vorschriften. Es geht also in casu nicht um die Frage eines Kausalzusammenhanges zwischen einem feststehenden Gesetzesverstoß und einem bestimmten Schadensereignis. (Unter diesem Aspekt jedoch verneinte das Urteil RGSt 15, 151 (v. 20.12.1886), S.155 das Vorliegen einer fahrlässigen Tötung seitens eines Apothekers, der ohne ärztliches Rezept ein phosphorhaltiges Medikament ausgegeben hatte, dessen Anwendung zum Tode des Patienten führte.) Vielmehr soll die absolute Unschädlichkeit der formell unerlaubten Handlung schon deren Tatbestandsmäßigkeit ausschließen.

Dieser Gedanke findet in der modernen strafrechtlichen Literatur[81] zunehmend Beachtung; so mehrt sich dort die Zahl derjenigen Autoren, die die abstrakten Gefährdungstatbestände als einen Fremdkörper im System des Rechtsgüterschutzes ansehen. Es werden von ihnen verschiedenartige Möglichkeiten[82] vorgeschlagen, wie sich durch eine Restriktion des Anwendungsbereiches derartige Verbote gewährleisten lasse, daß nicht objektiv vollkommen harmlose Handlungen zum Anknüpfungspunkt eines Strafvorwurfes würden. Die Rechtsprechung des BGH nimmt in dieser Frage noch eine abwartende Haltung ein[83].

---

81 Vgl. zu dieser Frage beispielsweise:
Amelung, Rechtsgüterschutz, 1972, S.388f.; Cramer, Der Vollrauschtatbestand, 1962, S.67ff.; Horn, Konkrete Gefährdungsdelikte, 1973, S.28 und 94ff.; ders. im Systematischen Kommentar, Band II, Stand: Dezember 1978, vor § 306, Anm.15ff. mit einem ausführlichen Überblick über den Stand der Lehrmeinungen; Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafen, JuS 1966, 377, S.381 (unter B); Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, 909, S.919ff.; Schönke/Schröder/Cramer, StGB, 20.Aufl., 1980, vor §§ 306ff., Anm.3 b; Schröder, Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW 81, 1969, 7, S.15ff.; Schünemann, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, JA 1975, 787, S.798.

82 Ungeachtet der Verschiedenartigkeit der entwickelten Lösungen - es ist weder möglich noch erforderlich, sie hier nachzuzeichnen - besteht ein grundsätzlicher Konsens dahingehend, daß eine Handlung dann nicht den Tatbestand einer als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestalteten Verbotsnorm verwirklicht, wenn ihr offensichtlich jede Sozialschädlichkeit fehlt, wobei der formelle Rechtsverstoß allein diese nicht zu begründen vermag.

83 BGHSt 26, 121 (v. 24.4.1975), S.125.

Demgegenüber herrscht offensichtlich bei der zivilrechtlichen Behandlung der abstrakten Gefährdungsdelikte - wie etwa die Futtermittel-Entscheidung des BGH zeigt - schon seit langem[84] die Tendenz vor, nicht die formelle Verbotswidrigkeit eines Verhaltens, sondern seine tatsächliche Sozialschädlichkeit ausschlaggebend sein zu lassen.

Zwar ist dieses Vorgehen grundsätzlich begrüßenswert, trägt es doch dazu bei, die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten des Privaten von sachlich unbegründeten Beschränkungen freizuhalten. Es erwächst jedoch eine Gefahr daraus, daß man die hierbei in Wahrheit angewendete Methode - Restringieren der Verbotsnorm in ihrem originären Anwendungsbereich - nicht offenlegt[85], sondern stattdessen den Eindruck erweckt, als gehe es lediglich darum, mit spezifisch zivilrechtlichen Mitteln auf einen als solchen feststehenden Verbotsverstoß zu reagieren. Dies kann nämlich dazu führen, Verbotsnormen in bestimmte Gattungen einzuteilen und aus der Zugehörigkeit einer gesetzlichen Vorschrift zu der einen oder anderen Spezies unmittelbare Schlüsse auf die Qualität eines Rechtsgeschäftes zu ziehen, dessen Durchführung mit einem Verstoß gegen die betreffende Norm verbunden ist.

In dieser Hinsicht "exemplarisch" ist die Behandlung, die die §§ 28, 35 des Arzneimittelgesetzes erfahren. Der BGH ordnet sie der Kategorie des "gesundheitspolizeilichen Ordnungsrechtes"[86] zu und folgert hieraus, daß sie sich

---

84 Wie die Nachweise in N.73 auf S.213 zeigen, weisen schon Urteile aus der Zeit um die Jahrhundertwende in diese Richtung.

85 Die Fassung des § 134 BGB, die den Eindruck erweckt, als könne sich ein Rechtsgeschäft weitgehend von den ihm anhaftenden Verbotsverstößen "emanzipieren", mag dazu beigetragen haben, notwendige Normkorrekturen auf den zivilrechtlichen Bereich zu beschränken, die in Wahrheit die Anwendbarkeit bestimmter Verbotsgesetze schlechthin betreffen.

86 BGH NJW 1968, 2286, S.2287.

prinzipiell[87] nur gegen das "Wie" der Abwicklung des Rechtsgeschäftes richten, eine Verletzung dieser Normen also lediglich formale Bedeutung habe. Tatsächlich jedoch dienen diese Vorschriften dem Schutz hochwertiger Rechtsgüter, nämlich der Bewahrung des Lebens und der Gesundheit. Was sie bisweilen zu "bloßen Ordnungsnormen" werden läßt, ist der zu weit gefaßte Tatbestand, unter dessen Wortlaut auch vollkommen harmlose Geschehensabläufe subsumierbar sind. Die Geringfügigkeit des Verbotsverstoßes - oder präziser gesagt: das Nichtvorliegen eines solchen - stellt jedoch keineswegs die Regel, sondern eine im Einzelfall zu verifizierende Ausnahme dar[88]. Es ist daher ebenso unergiebig, eine Verbotsnorm pauschal als "Ordnungsvorschrift" einzustufen, wie es wenig förderlich ist, eine Regelung abstrakt als "Schutzgesetz" im Sinne des § 823 Abs.2 BGB zu qualifizieren[89]. Vielmehr kommt es stets auf die Gegebenheiten des zu beurteilenden Sachverhaltes an. Sie alleine entscheiden darüber, ob die Verletzung eines Verbotes nur "formaler Natur" ist[90] oder aber das betreffende Rechtsgeschäft zu einem solchen ungesetzlichen Inhaltes werden läßt.

---

87 Dies folgt notwendig daraus, daß der BGH in seiner Entscheidung nicht mit einem konkreten Rechtsgeschäft befaßt war, das gegen die §§ 28, 35 des Arzneimittelgesetzes verstoßen hätte. Vielmehr bezogen sich seine Ausführungen auf den Verkauf rezeptpflichtiger Medikamente schlechthin.

88 Der Nachweis der entsprechenden tatsächlichen Voraussetzungen würde jeweils denjenigen treffen, der sich darauf beruft, das Rechtsgeschäft sei trotz des mit seinem Vollzug verbundenen formellen Gesetzesverstoßes materiell gesehen nicht auf eine verbotene Leistung gerichtet. (Eine entsprechende Problematik ergibt sich im Bereich des § 823 Abs.2 BGB, soweit es um Fälle geht, bei denen der Schutzgesetzverstoß nicht notwendig für das eingetretene Schadensereignis ursächlich geworden sein muß; vgl. Schmiedel, Deliktsobligationen, 1974, S.94f.)

89 Vgl. dazu Schmiedel, a.a.O. S.119 (Nr.IV) ff.

90 Also in Wahrheit gar kein Gesetzesverstoß vorliegt.

Jedenfalls gilt dies für alle Verbotsvorschriften, die Verhaltensweisen wegen deren Gefährlichkeit untersagen, daher in gleicher Weise wie die unmittelbar erfolgsbezogenen Normen dem Rechtsgüterschutz dienen, mag ihre unzureichende tatbestandliche Ausgestaltung ihnen auch in gewissen Fällen den Charakter substanzloser, weil in concreto überflüssiger "Ordnungsnormen" verleihen[91].

Anders stellt sich die Situation möglicherweise bei denjenigen als "Ordnungsnormen" bezeichneten Verboten dar, die schon von der gesetzgeberischen Intention her nicht dafür geschaffen sind, Individualgüter zu schützen, sondern lediglich einen geordneten äußeren Ablauf des Verkehrslebens gewährleisten sollen. Im Falle ihrer Verletzung kann die Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens nicht mit der Erwägung verneint werden, es sei schlechthin ungeeignet, einen schädlichen Erfolg herbeizuführen. Denn Normen dieser Art weisen von ihrer Natur her keinerlei Erfolgsbezogenheit auf. Das gilt im besonderen Maße für solche Vorschriften, deren Einhaltung die staatliche Kontrolle bestimmter Vorgänge ermöglichen oder zumindest unterstützen soll.

---

[91] Dies trifft z.B. auch auf Bauvorschriften zu, die zur Abwehr gesundheitlicher Gefahren bestimmte Nutzungsmöglichkeiten von Gebäuden bzw. Gebäudeteilen untersagen. So sind in diesem Bereich durchaus Fälle denkbar, in denen eine formell unerlaubte Nutzung unter keinen Umständen die Folgen hervorzurufen vermag, die die entsprechenden Verbotsnormen abwehren sollen. Hinzu tritt, daß der Vermieter bei einem Mietvertrag über entsprechende Räumlichkeiten die möglicherweise gefährliche Nutzung nur duldet, sich also der Mieter freiwillig einer Gefährdung aussetzt. Dies mag zu der weit verbreiteten, in ihrer Allgemeinheit so nicht richtigen Auffassung geführt haben, nicht das Vermieten ungeeigneter Räume verstoße gegen baupolizeiliche Verbote, sondern nur die Nutzung derselben (vgl. den oben S.213 N.73 zitierten Beschluß des VGH Kassel, NJW 1964, S.2444 mit weiteren Nachweisen). Vielmehr wird hier offensichtlich zwischen einer formellen "Ungeeignetheit", die ein Verbot gar nicht rechtfertigt, und einer materiellen Ungeeignetheit unterschieden, also eine Korrektur im originären Bereich der Verbotsnorm vorgenommen.

Welche Bedeutung derartige Vorschriften für die Beurteilung eines Kausalgeschäftes haben, dessen Vollzug mit ihnen kollidiert, soll am Beispiel des Ordnungswidrigkeitentatbestandes des § 12 Abs.1 Nr.1 des Paßgesetzes[92] untersucht werden.

2. Eine Analyse am Beispiel des § 12 Abs.1 Nr.1 des Paßgesetzes:

Nach § 12 Abs.1 Nr.1 begeht derjenige eine Ordnungswidrigkeit[93], der eine Auslandsgrenze[94] der Bundesrepublik "an anderen Stellen als den zugelassenen Grenzübergängen oder außerhalb der festgesetzten Verkehrsstunden überschreitet".

Der Bewohner einer Grenzgemeinde etwa, der nach einem bis in die späten Abendstunden ausgedehnten Besuch im benachbarten Ausland auf der Heimfahrt einen günstig gelegenen, jedoch zu diesem Zeitpunkt geschlossenen Grenzübergang "benutzt", um sich einen weiten Umweg über eine durchgehend geöffnete Kontrollstelle zu ersparen, verstößt selbst dann gegen das in § 12 ausgesprochene Verbot, wenn er ordnungsgemäße Ausweispapiere besitzt und keine zollpflichtige Ware mit sich führt. Obgleich der Betreffende also alle Voraussetzungen für eine Einreise erfüllt und diese ihm von den Kontrollorganen ohne weiteres gewährt werden würde - unterstellt, der Vorgang fände während der Verkehrsstunden statt -, stellt sich sein Verhalten nach dem Wortlaut des § 12 als verbotenes Tun dar.

---

92 v. 4.3.1952, BGBl. III 210-2.

93 Es kann sich um einen Deutschen oder einen Ausländer handeln.

94 Die Grenze zur DDR kann von Deutschen (nicht von Ausländern) auch außerhalb von Kontrollstellen überschritten werden (eine Regelung, der kaum mehr als theoretische Bedeutung zukommt).

Demgemäß würde auch ein Rechtsgeschäft, dessen Erfüllung notwendig[95] mit einem entsprechenden Gesetzesverstoß verbunden wäre, im Sinne des § 134 BGB als "verbotenes" zu qualifizieren sein. So ließe sich der Ausgangsfall dahingehend variieren, daß der späte "Grenzgänger" statt des eigenen Kraftfahrzeuges ein Taxi benutzt, dessen Chauffeur ihm also - zumindest teilweise[96] - das Erbringen einer Leistung verspricht, die mit dem Verbot des § 12 des Paßgesetzes kollidiert.

Nun unterscheidet sich aber der Vertrag, dessen Abwicklung einen im Sinne des § 12 Abs.1 Nr.1 gesetzwidrigen Grenzübertritt umfaßt, grundsätzlich von der Vereinbarung, durch die sich ein Fahrgast eine mit den Verkehrsvorschriften unvereinbar schnelle Beförderung zusagen läßt. Steht bei der Erfüllung jenes Rechtsgeschäftes zunächst einmal noch nicht fest, welche schädlichen Auswirkungen mit ihr verbunden sein können - die von vornherein in Kauf genommene abstrakte Gefährdung[97] anderer Verkehrsteilnehmer steigert sich möglicherweise zur konkreten Gefahr oder gar zu einer Schädigung Dritter -, so führt der Vollzug des vorliegenden Vertrages mit Sicherheit nur eine nachteilige Folge herbei: Nämlich die, daß es zu einem Grenzübertritt kommt, von dem die zuständigen Behörden keine Kenntnis erlangen.

Und diese Folge ist nicht nur sicher absehbar, sondern auch von einer ganz anderen "Qualität" als die Gefahren, deren Eintritt die mißachteten Verkehrsvorschriften unterbinden sollen. Sie ist nämlich gar nicht, wie es nach der Fassung des § 12 Abs.1 Nr.1 Paßgesetz zunächst den Anschein hat, Resultat eines unerlaubten positiven Tuns.

---

[95] Bei Kausalgeschäften, deren Erfüllung nicht notwendig mit einem Gesetzesverstoß verbunden ist, liegt ja - wie oben S.190ff. festgestellt wurde - oftmals schon gar kein inhaltlicher Bezug zu einem solchen vor.

[96] Soweit es den Grenzübertritt selbst betrifft.

[97] Siehe dazu oben S.215ff.

Nicht das Überschreiten der Grenze außerhalb von Kontrollstellen bzw. das Benutzen geschlossener Grenzübergänge bildet den Übelstand, dem der Gesetzgeber entgegentreten will. Vielmehr ist in dem Verbot derartiger Grenzübertritte in Wahrheit das Gebot enthalten, die zuständigen Behörden von dem Vorgang des Ein- bzw. Ausreisens zu informieren. Jedoch läßt sich die Erfüllung dieser Informationspflicht regelmässig nur dann gewährleisten, wenn sich die Grenzübertritte ausschließlich an bestimmten, hierfür eigens eingerichteten Kontrollpunkten ereignen. Denn dann können sich die Reisenden ohne besondere Manipulationen, die ihrerseits nach § 12 Abs.1 Nr.2 des Paßgesetzes als Ordnungswidrigkeit zu ahnden wären, gar nicht der Überprüfung entziehen. Das scheinbare Verbot hat also nur die Hilfsfunktion, die Erfüllung eines Gebotes sicherzustellen. Es ist zudem für besondere Ausnahmefälle außer Kraft gesetzt, in denen eine "ex ante Kontrolle" eines überschaubaren Personenkreises die Überwachung jedes einzelnen Grenzübertrittes überflüssig sein läßt. So können die Anwohner der deutsch-luxemburgischen Grenze, sofern sie über eine entsprechende Genehmigung verfügen, an beliebigen Stellen ein- bzw. ausreisen[98].

Bei einer derartigen Konstellation von rechtlich unbedenklichem Tun und gesetzwidrigem Unterlassen läßt sich nun tatsächlich sagen, daß lediglich das "Wie" der Handlung, nicht aber ihr wirtschaftlicher Erfolg im Widerspruch zur Rechtsordnung stehe. Gegenstand des Beförderungsvertrages in unserem Beispielsfall ist nur das Verbringen über die Grenze, ein Vorgang, der vom Gesetz nicht mißbilligt wird; der damit einhergehende Verstoß gegen die Pflicht, den Übertritt den Grenzbehörden anzuzeigen, geschieht nicht um der Erfüllung der Vereinbarung willen.

---

98 Dies sieht Art.1 des Abkommens vom 9.12.1965 zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung des Großherzogtums Luxemburg über persönliche Erleichterung im Grenzverkehr vor. (Das Abkommen ist zusammen mit der hierzu ergangenen Durchführungsverordnung vom 1.3.1967 abgedruckt in BGBl. II 1967, S.909ff.)

3. Zusammenfassung:

Die zuvor untersuchten Beispielsfälle der verbotswidrigen Abgabe rezeptpflichtiger Arzneimittel einerseits und des unerlaubten Grenzübertrittes andererseits haben gezeigt, wie unterschiedlich der Charakter der Verbotsvorschriften ist, die man mit dem Begriff "Ordnungsnormen" zu kennzeichnen versucht.

So erwiesen sich die Vorschriften der §§ 28 Abs.1, 35 Abs.1 des Arzneimittelgesetzes nur für diejenigen Fälle als "bloße Ordnungsnormen", in denen sich an die Abgabe der Medikamente ausnahmsweise einmal nicht die typische Gefahrensituation anschloß, die die als abstrakte Gefährdungsdelikte ausgestalteten Verbote abwehren sollen. Die Entscheidung, ob die Weitergabe von Arzneimitteln ohne die erforderliche Verschreibung lediglich einen für das Rechtsgeschäft unerheblichen Formverstoß darstelle, ließ sich nicht durch eine abstrakte Einordnung jener Normen in die Gattung der "Ordnungsvorschriften" treffen. Maßgeblich hierfür waren vielmehr die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles. Und von diesen wiederum hing es zunächst einmal ab, ob der Verbotstatbestand überhaupt verwirklicht war, reichte doch - wie wir sahen - das bloße Fehlen des ärztlichen Rezeptes hierzu nicht aus. Die Frage nach dem Erlaubt- bzw. Verbotensein des Rechtsgeschäftsinhaltes deckt sich folglich bei den rechtsgutorientierten "Ordnungsnormen" mit der Frage nach dem Umfang ihres primären Anwendungsbereiches.

Anders stellt sich die Lage bei Verbotsvorschriften dar, deren Einhaltung lediglich Überwachungszwecken dient. Wie sich am Beispiel des § 12 Abs.1 Nr.1 des Paßgesetzes zeigte, untersagen sie - entgegen ihrem Wortlaut - nicht ein bestimmtes Verhalten, sondern erlegen lediglich die Pflicht auf, die zuständigen Stellen von dem betreffenden Vorgang in Kenntnis zu setzen. Rechtsgeschäfte, bei deren Durchführung es zu einem

Verstoß gegen die vom Gesetz angeordnete Mitteilungspflicht kommt, besitzen selbst keinen verbotswidrigen Inhalt. Denn ihr Vollzug ermöglicht ja weder die Unterlassung, noch fördert er sie auch nur. Vielmehr steht hier tatsächlich nur die Art und Weise der Geschäftsabwicklung im Widerspruch zur Rechtsordnung.

§ 9 Die Verfügungsgeschäfte gesetzwidrigen Inhaltes

I. Das im Widerspruch zu Bewirtschaftungsvorschriften vorgenommene Veräußerungsgeschäft.

So leicht vorstellbar es ist, daß die Parteien eines Kausalgeschäftes in diesem einander Leistungen versprechen, deren Erbringen gegen gesetzliche Verbote verstößt, so schwer läßt es sich nachvollziehen, auf welche Weise ein Verfügungsgeschäft mit der Rechtsordnung in Kollision geraten können soll. Denn im Gegensatz zu Verpflichtungsgeschäften, deren Vollzug oftmals zu Veränderungen in der Seinswelt führt, sind die Verfügungsgeschäfte lediglich auf das "Herbeiführen"[1] rechtlicher Wirkungen gerichtet.

Der Kaufvertrag über die Lieferung rezeptpflichtiger Medikamente etwa sieht zwei Leistungshandlungen vor, von denen nur die eine prima facie mittels eines Verbotes verhindert werden muß: Ausschließlich die Übergabe der Ware schafft den gesundheitsgefährdenden Zustand, den das Verbot des § 35 Abs.1 des Arzneimittelgesetzes verhindern will. Die Übereignung des Medikamentes hingegen vermag keine verbotsbedürftigen Wirkungen hervorzurufen. Denn es ist gleichgültig, ob der Käufer seine Gesundheit durch den Verbrauch eigener oder fremder Arzneien schädigt. Außerdem wäre es für den Gesetzgeber gar nicht notwendig, sich des Mittels eines Verbotes zu

---

[1] "Herbeiführen" bedeutet natürlich nicht ein Verursachen im naturwissenschaftlichen Sinne; vgl. dazu oben S.53ff.

bedienen, wäre ihm daran gelegen, nicht nur das Erlangen des Besitzes, sondern auch den Erwerb des Eigentums zu unterbinden. Eine bloße Nichtigkeitsanordnung würde vollkommen genügen, um dieses Ziel zu erreichen. Der Begriff des "gesetzwidrigen Verfügungsgeschäftes" ist von daher gesehen in sich ebenso widersprüchlich wie der des "wegen der Umstände seiner Vornahme verbotswidrigen Rechtsgeschäftes".

Gleichwohl ist in Rechtsprechung[2] wie Literatur[3] anerkannt, daß sich Verbotsgesetze auch gegen Verfügungsgeschäfte richten können. Als ein Typus gesetzwidriger Verfügungsgeschäfte wurde beispielsweise die im Widerspruch zu Bewirtschaftungsbestimmungen[4] vorgenommene Veräußerung von Sachen angesehen.

---

[2] Vgl. aus der Rechtsprechung des BGH etwa: BGHZ 11, 59 (v. 3.11.1953), S.61/62 (Nichtigkeit von Erfüllungsgeschäften, wenn diese gegen Bewirtschaftungsbestimmungen verstoßen); BGH LM Nr.34 zu § 134 BGB (v. 14.11.1960), Bl.1 R (die Entscheidung befaßt sich mit einer ähnlichen Materie); BGHZ 47, 364 (v. 18.4.1967, S.369 (Nichtigkeit einer Abtretung, die zum Zwecke einer gegen Art.1 § 1 des Rechtsberatungsgesetzes (v. 13.12.1935, RGBl. I S.1478) verstoßenden Geschäftsbesorgung vorgenommen wird).

[3] Erman/H. Westermann, BGB, 6.Aufl., 1975, § 134, Anm.28; Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil, 2.Halbband, 15.Aufl., 1960, § 190 III 4, S.1160; Larenz, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II, S.379/380; Mayer-Maly in Münchener Kommentar, 1978, § 134, Anm.10; Palandt/Heinrichs, BGB, 39.Aufl., 1980, § 134, Anm.2 c; Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 134, Anm.22; Staudinger/Dilcher, BGB, 12.Aufl., 1979, § 134, Anm.6.

[4] Aus der Vielzahl derartiger Vorschriften, die seit Beginn des 1.Weltkrieges bis in die Zeit nach Ende des 2.Weltkrieges hinein galten, seien hier zwei herausgegriffen:
Das ist einmal die"Verordnung über die Wirkungen der Beschlagnahme zur Regelung des Warenverkehrs" vom 4.3.1940 (RGBl. I, S.551), deren § 2 Abs.1 den Verbrauch, die Beoder Verarbeitung sowie die Entfernung beschlagnahmter

4 Waren aus den Betrieben für unzulässig erklärte. § 3 Abs.1 der Verordnung knüpfte bei der Veräußerung beschlagnahmter Gegenstände die Wirksamkeit von schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft an eine Genehmigung der bewirtschaftenden Stellen.
Zum anderen geht es um die Kriegswirtschaftsverordnung vom 4.9.1939 (RGBl.I, S.1609) (KWVO), deren § 1 a (eingefügt durch Verordnung vom 25.3.1942, RGBl.I, S.147) die Bevorzugung eines anderen bei der Belieferung mit bewirtschafteten Waren gegen die Forderung einer Tauschware sowie das Angebot von Tauschwaren als unzulässige "Kompensationsgeschäfte" bestrafte. Im Gegensatz zur Beschlagnahmeverordnung regelte die Kriegswirtschaftsverordnung nicht die zivilrechtlichen Folgen etwaiger Zuwiderhandlungen. Es entstand daher in Literatur wie Rechtsprechung ein umfänglicher Streit, ob die in Erfüllung gesetzwidriger Kompensationsgeschäfte vorgenommenen Verfügungen wirksam seien oder nicht. Vgl. dazu beispielsweise BGH LM Nr.3 zu § 1 a KWVO (v. 18.10. 1951), eine Entscheidung, die davon ausging, daß der Kompensation dienende Veräußerungsgeschäfte nicht stets nichtig seien. Demgegenüber ging etwa das LG Tübingen, DRZ 1950, 567 (v. 17.5.1950) von der Nichtigkeit des dinglichen Geschäftes aus. Brandt, Die zivilrechtlichen Wirkungen von Schwarzmarktgeschäften, MDR 1948, 201, S.202f., wollte auf die Umstände des Einzelfalles abgestellt wissen.

Die Übereignung der verknappten Gegenstände galt dabei als die Handlung, mittels derer sich die vom Gesetz mißbilligte "Güterverschiebung"[5] vollziehe.

Nun ist es zwar einsichtig, daß die Weggabe der von der Knappheit betroffenen Ware gerade die Beeinträchtigung des Wirtschaftsverkehrs darstellt, die die entsprechenden Verbotsbestimmungen abwehren sollten[6]. Unverständlich bleibt aber, weshalb dem Rechtsgeschäft des Übereignens neben dem Realakt der Besitzübertragung ein eigenständiger Unwertgehalt zugekommen sein soll. Denn der Vorgang der Bedarfsdekkung war ja schon in dem Augenblick nachhaltig gestört, in dem sich die Güter nicht mehr unter der tatsächlichen Verfügungsgewalt des für die Versorgung der Bevölkerung zuständigen Handels befanden. Ein etwa darüberhinaus eintretender Eigentumsverlust vermochte diese Situation nicht weiter nachteilig zu verändern.

Die Fragwürdigkeit der Annahme, der Abschluß eines Verfügungsgeschäftes könne gegen ein gesetzliches Verbot verstossen, wird in den Fällen besonders deutlich, in denen juristisch versierte Vertragsparteien erst gar keine Übereignung vereinbaren, weil sie von vornherein mit der Unwirksamkeit eines derartigen Rechtsgeschäftes rechnen[7]. Ihr Verhalten kann wohl kaum weniger schwer wiegen als die Tat in Rechtsdingen wenig bewanderter Personen, die der Besitzübertragung noch ein Veräußerungsgeschäft hinzufügen.

---

[5] LG Tübingen, a.a.O.

[6] In § 2 der Beschlagnahmeverordnung (siehe N.4) kommt dies ganz deutlich zum Ausdruck.

[7] Im Falle der Veräußerung beschlagnahmter Waren wäre das Verfügungsgeschäft eo ipso nichtig gewesen, hätte mit einer Genehmigung der bewirtschaftenden Stelle nicht gerechnet werden können. Andernfalls wäre zunächst ein Zustand schwebender Unwirksamkeit eingetreten (vgl. dazu: Brandt, Die zivilrechtlichen Wirkungen von Schwarzmarktgeschäften, MDR 1948, 165, S.168).

Folglich kann der Verstoß gegen die Bewirtschaftungsvorschriften nicht in der Übereignung verknappter Güter, sondern nur darin bestanden haben, sie den Erwerbern faktisch zur freien Verfügung zu überlassen. Dem etwa gleichzeitig erfolgenden Abschluß eines Veräußerungsgeschäftes kam hingegen nur indizielle Bedeutung zu, manifestierte sich doch in ihm besonders klar der Wille der Parteien, realiter einen dem Gesetzgeber unerwünschten wirtschaftlichen Erfolg herbeizuführen. Insoweit besteht eine Vergleichbarkeit mit der Verfügung des dolos handelnden Nichtberechtigten[8]. Offenbart sie den Entschluß, fremdes Eigentumsrecht durch den auf Dauer angelegten Entzug der Sache zu entwerten, so signalisierte die Vornahme des dinglichen Geschäftes in casu, daß der betreffende Gewerbetreibende seinen Pflichten als "Treuhänder über die verknappte Ware"[9] nicht mehr nachkommen wollte.

Stellte die Vornahme des Verfügungsgeschäftes mithin keine gesetzwidrige Handlung dar, so konnte sich auch die Frage seiner Wirksamkeit nicht an dem Kriterium des Erlaubt- bzw. Verbotenseins entscheiden. Wesentlicher Gesichtspunkt war vielmehr, ob dem Wareneigner immer dann die Fähigkeit zur Veräußerung der betreffenden Güter fehlte, wenn der wirtschaftliche Vorgang, in dessen Rahmen es zu dem Abschluß des dinglichen Geschäftes kam, dem gesetzgeberischen Ziel einer geregelten Bedarfsdeckung zuwiderlief.

Das wird man jedoch verneinen müssen. Die den Warenhandel reglementierenden Vorschriften waren öffentlichrechtlicher Natur. Ihnen ging es nicht darum, eine bestimmte privatrechtliche Zuordnung von Gütern sicherzustellen. Vielmehr sollten sie gewährleisten, daß die Verteilung der nicht im ausreichenden Maße vorhandenen Ware gleichmäßig und ohne sachwidrige

---

[8] Siehe dazu oben S.91f.

[9] Vgl. dazu BGH LM Nr.3 zu § 1 a KWVO (v. 18.10.1951), Bl.2.

Bevorzugung einzelner Konsumenten erfolgte[10].

Aus ihnen folgte mithin eine Sozialbindung des jeweiligen Eigentümers, nicht aber ein Mangel in seiner dinglichen Berechtigung. Soweit es also an anderslautenden gesetzlichen Vorschriften[11] fehlte, war von einer Gültigkeit des Verfügungsgeschäftes auszugehen. Jedoch konnte - soweit dem § 817 S.2 BGB nicht entgegenstand[12] - das Eigentum kondiziert werden, erfolgte doch die Eigentumsübertragung in Erfüllung eines obligatorischen Geschäftes, das wegen seines gesetzwidrigen Inhaltes nichtig war.

Ähnlich wie bei dem "wegen der Umstände seiner Vornahme verbotenen Rechtsgeschäft" zeigt sich auch bei der vermeintlich unerlaubten Verfügung ein Nebeneinander von ungesetzlichem tatsächlichen Verhalten und insoweit indifferentem Rechtsgeschäft.

---

10 Dies galt insbesondere für das Verbot der "Kompensationsgeschäfte", das § 1 a der Kriegswirtschaftsverordnung aussprach (siehe oben S. 227 N.4).

11 Eine solche war beispielsweise in § 3 der Beschlagnahmeverordnung enthalten (siehe oben S.227 N.4).

12 Brandt, Die zivilrechtlichen Wirkungen von Schwarzmarktgeschäften, MDR 1948, 201, S.202, lehnte eine Anwendbarkeit dieser Vorschrift mit der Begründung ab, daß die Rückkehr der verknappten Ware in den alten Betrieb im öffentlichen Interesse liege. Jedoch ließen seinerzeit Gerichte oftmals das Kondiktionsverlangen von Parteien eines Kompensationsgeschäftes an § 817 S.2 BGB scheitern. (Vgl. etwa LG Koblenz, DRZ 1950, 87 (v. 8.11.1949) sowie die bereits erwähnte Entscheidung des LG Tübingen, DRZ 1950, 567 (v. 17.5.1950), nach der § 817 S.2 BGB sogar dem Vindikationsanspruch entgegenstehen sollte; vgl. zu dieser Frage auch Honsell, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, 1974, S.52ff.).

II. Die unter Verstoß gegen Art.1 § 1 des Rechtsberatungsgesetzes vorgenommene Zession.

Noch deutlicher tritt dieser Zusammenhang bei Sachverhalten zu Tage, bei denen eine unerwünschte rechtliche Veränderung nicht unmittelbar mit einer gleichfalls - bzw. sogar in erster Linie - mißbilligten tatsächlichen Vermögensverschiebung einhergeht, sondern lediglich mittelbar mit einem verbotenen faktischen Verhalten zusammenhängt.

Als Beispiel hierfür bietet sich die unter Verstoß gegen Art. 1 § 1 des Rechtsberatungsgesetzes[13] vorgenommene Zession an, durch die sich ein Rechtsberater Forderungen seines Mandanten übertragen läßt, um sie für ihn gegenüber dem Schuldner geltend zu machen.

Derartige Abtretungsverträge qualifiziert der BGH[14] als "verbotene Rechtsgeschäfte" und spricht ihnen die Wirksamkeit ab. Begründet wird diese Auffassung damit, daß die Abtretung das rechtstechnische Mittel darstelle, dessen Einsatz es dem Berater ermögliche, die Angelegenheiten des Zedenten zu besorgen[15]. Und gerade diese Tätigkeit untersage das Rechtsberatungsgesetz - so der BGH[16] - um zu verhindern, daß Personen ohne die notwendige Sachkunde und Zuverlässigkeit zum Schaden der Rechtspflege und der Rechtsuchenden tätig würden.

---

[13] Art 1 § 1 Abs.1 dieses Gesetzes untersagt es, fremde Rechtsangelegenheiten ohne behördliche Genehmigung geschäftsmäßig zu betreiben. Hierzu zählt neben der Rechtsberatung auch die Einziehung fremder oder zu Einziehungszwecken abgetretener Forderungen.
§ 1 der V. Ausführungsverordnung zum Rechtsberatungsgesetz (v. 29.3.1939, RGBl. I S.359) erstreckt die Erlaubnispflichtigkeit auch auf den geschäftsmäßigen Erwerb fremder Forderungen zum Zwecke der Einziehung.

[14] BGHZ 47, 364 (v. 18.4.1967), S.369; 61, 317 (v. 6.11.1973), S.324 (Nr.4).

[15] BGHZ 47, 364, S.369.

[16] A.a.O.

Die Gefahr, die das Rechtsberatungsgesetz abwehren will, besteht mithin darin, daß der nicht zugelassene und möglicherweise fachlich ungeeignete Berater seinen Auftraggeber zu rechtlichen Schritten veranlaßt, die für diesen nachteilige und im Falle ordnungsgemäßen Vorgehens vermeidbare Folgen haben. Mißbilligt ist also zunächst einmal ein tatsächliches Verhalten. Die Zession demgegenüber ist lediglich auf rechtliche Wirkungen gerichtet und kann von daher schon kaum sinnvoller Anknüpfungspunkt für ein Verbot sein.

Nun scheint allerdings die Zession nach Auffassung des BGH[17] zumindest die ungesetzliche Beratertätigkeit zu fördern, mag sie auch darüberhinaus keinen Unwertgehalt besitzen. Aber selbst die Annahme einer solch mittelbaren Beziehung zwischen der verbotenen Rechtsberatung und dem Verfügungsgeschäft der Abtretung ist fragwürdig.

So wurde in den "Unfallhelfer"-Entscheidungen[18] die Gefährdung des Zedenten mit der Erwägung bejaht, daß er wirtschaftlich weiterhin mit dem Schicksal der zur Abgleichung seiner eigenen Verbindlichkeiten erfüllungshalber abgetretenen Forderung verbunden bleibe, könne ihn doch der Zessionar immer dann in Anspruch nehmen, wenn jene sich nicht realisieren lasse.

Gefährlich ist danach nicht der mit der Abtretung verbundene Wechsel in der Rechtsinhaberschaft. Nachteilige Wir-

---

[17] In der Entscheidung BGHZ 47, 364, S.369, wird die Zession als "das rechtstechnische Mittel" bezeichnet, "das den Unternehmer instand setzen soll, die Rechte des Geschädigten bei der Schadensregulierung wahrzunehmen".

[18] Es ging in den zitierten Urteilen des BGH um "Unfallhelfer-Ringe", denen Kraftfahrzeugwerkstätten, Mietwagenunternehmen und Banken angehörten, die Unfallgeschädigten gegen Abtretung der Ersatzansprüche Reparaturen ausführten, Mietwagen überließen und Kredite gewährten.

kungen ergeben sich vielmehr deshalb, weil der Mandant des Rechtsberaters zwar nicht formell, wohl aber materiell in der Position des Gläubigers der zedierten Forderung bleibt. Die Abtretung ermöglicht somit zwar nicht die verbotene Rechtsberatertätigkeit, denn diese ließe sich auch ebensogut ohne sie durchführen[19]. Jedoch vermag sie auch nicht aus der ungesetzlichen Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten eine erlaubte Besorgung eigener Rechtsangelegenheiten des Zessionars zu machen.

Das Erfüllungsgeschäft hat also in casu weder unmittelbar noch mittelbar mißbilligte Wirkungen. Will man es für ungültig ansehen, so läßt sich diese Rechtsfolge jedenfalls nicht aus seinem "Verbotensein" im Sinne des § 134 BGB herleiten.

III. Zusammenfassung.

Bei der Untersuchung zweier als gesetzwidrig geltender Typen von Erfüllungsgeschäften trat ein eigentümliches Ergebnis zu Tage.

In beiden Fällen zeigte sich, daß die Vornahme des Verfügungsgeschäftes keine nachteiligen Folgen hervorzurufen

---

[19] Die Entscheidung im 61.Band befaßte sich mit einer Form der "Unfallhilfe", bei der der unfallgeschädigte Zedent die abgetretene Forderung als "Strohmann" im eigenen Namen geltend machte. Dabei wurde für ihn ein von der Zessionarin, einem Bankinstitut, benannter Rechtsanwalt tätig, der offensichtlich in erster Linie die Interessen der Bank, nicht aber die seines Mandanten berücksichtigte. Diese Form verbotener Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten dürfte möglicherweise dicht an der Grenze zum Erlaubten gelegen haben, beschränkte sie sich doch darauf, dem Zedenten einen zugelassenen Anwalt zu vermitteln, der seine Instruktionen allerdings von der Zessionarin erhielt.

vermochte, die nicht ohnehin schon durch - der Erfüllung des Kausalgeschäftes gesetzwidrigen Inhaltes dienende - Verhaltensweisen tatsächlicher Art herbeigeführt wurden.

Die Veräußerung bewirtschafteter Waren erwies sich als rechtlich unerheblich gegenüber der mit ihr einhergehenden faktischen Güterverschiebung.

Die anläßlich einer verbotenen Rechtsberatung vorgenommene Zession von Forderungen des Mandanten an den für ihn tätigen Berater enthielt ebenfalls keinen eigenständigen Unwertgehalt. Ihr fehlte lediglich die Eignung, die ungesetzliche Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten zu einer erlaubten Besorgung eigener Rechtsangelegenheiten werden zu lassen.

Wie schon bei den "wegen der Umstände ihrer Vornahme gesetzwidrigen Rechtsgeschäfte" so ließ sich auch bei den als unerlaubt geltenden Verfügungsgeschäften zwischen ungesetzlichen Handlungen tatsächlicher Natur und indifferenter rechtsgeschäftlicher Betätigung unterscheiden. Ebenso wie dort erwies sich auch hier der Begriff des "verbotenen Rechtsgeschäftes" als ungeeignet, die Beziehung zwischen Rechtsgeschäft und Gesetzesverstoß zutreffend zu beschreiben. Nicht das "Verbotensein" der Verfügungsgeschäfte, sondern andere Kriterien waren für die Frage ihrer zivilrechtlichen Wirksamkeit entscheidend.

§ 10 Das gegen ein gesetzliches Verbot verstoßende Rechtsgeschäft, Tatbestandsmerkmal des § 134 BGB? Eine abschließende Betrachtung

Ergebnis einer historischen Interpretation des § 134 BGB war, daß der Begriff des "Rechtsgeschäftes, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt", kein festumrissenes Tatbestandsmerkmal beschreibt, sondern lediglich generalklausel-

artig die Möglichkeit eines Zusammentreffens von Rechtsgeschäft und Delikt kennzeichnet[1].

Als besonders problematisch erwies sich dabei die nach dem Willen des Gesetzgebers von § 134 in erster Linie erfaßte Konstellation der Vornahme eines Rechtsgeschäftes unter gesetzwidrigen Umständen[2]. Die Vorstellung, daß der Austausch von Willenserklärungen - und darin besteht ja die "Vornahme" eines Rechtsgeschäftes - eine ungesetzliche Handlung bilden könne, bereitet allergrößte Verständnisschwierigkeiten. Soll es neben unerlaubten Handlungen tatsächlicher Natur auch noch ein "deliktisches Rechtsgeschäft" geben, so setzt eine solche Annahme zwangsläufig voraus, daß Verbotsnormen existieren, die den Eintritt rechtlicher Wirkungen als sozialschädliches Ereignis untersagen. Es müßte demnach also der Gruppe der erfolgsorientierten Deliktstatbestände im klassischen Sinne - sie wehren bestimmte Handlungen im Hinblick auf deren mißbilligte reale Folgen ab - noch eine Spezies von Verbotsnormen hinzugefügt werden, die der Bekämpfung unerwünschter Veränderungen in der Welt des Rechts dienen.

Wie die Untersuchung ergeben hat[3], ist es jedoch schlechthin unmöglich, der Verursachung sinnlich wahrnehmbarer Folgen in der Seinswelt als vergleichbaren Vorgang eine Verursachung rechtlicher Folgen zur Seite zu stellen. Die Antinomie von Sein und Sollen, die den Anknüpfungspunkt eines jeden Verbotes tatsächlicher Verhaltensweisen bildet, fehlt im Bereich rechtsgeschäftlicher Betätigung notwendigerweise.

---

[1] Siehe oben S.39ff.

[2] Vgl. dazu Protokolle 2.Kommission Bd.I S.123 = Mugdan I S.725:
"Es sei erforderlich, zum Ausdrucke zu bringen, daß auch solche Rechtsgeschäfte von der Folge der Nichtigkeit betroffen würden, bei welchen sich das Verbot dem Wortlaute nach nicht gegen die Vornahme, sondern gegen den Inhalt des Rechtsgeschäfts richte" (Hervorhebung nicht im Original).

[3] Siehe oben S.179ff.

Rechtliche Folgen werden niemals vom Privaten "geschaffen", "bewirkt" etc. Vielmehr entfalten seine Willenserklärungen nur dann und nur insoweit überhaupt rechtliche Wirkungen, wenn und als die Gemeinschaftsordnung sie anerkennt. Es gibt mithin im deliktischen Sinne keinen "Verursacher" derartiger Folgen, es sei denn, man würde den Gesetzgeber selbst als solchen bezeichnen. Das Beispiel des als Unterschlagung qualifizierten Veräußerns fremder Sachen durch einen dolos handelnden Nichtberechtigten[4] machte deutlich, zu welch unlösbaren dogmatischen Widersprüchen es führt, versucht man, die Vornahme eines Rechtsgeschäftes denselben Regeln zu unterstellen, die für unerlaubte Handlungen tatsächlicher Natur gelten. Die Indentität des normschöpfenden Subjektes mit dem Subjekt, das die vermeintlich unerwünschten Rechtsfolgen schafft, die die Willensäußerung des Privaten überhaupt erst zu einem rechtserheblichen Vorgang werden lassen, schließt es aus, in dieser einen Verbotsregelungen zugänglichen Lebenssachverhalt zu erblicken. Es ist nicht nur - wie zuweilen gesagt wird[5] - überflüssig, Rechtsgeschäften mit dem Mittel des Verbotes entgegenzutreten. Vielmehr wäre ein solcher Versuch auf etwas Unmögliches gerichtet, würde sich das Verbot doch an einen Adressaten wenden, dem die mißbilligten "Folgen" der "Tat" gar nicht zugerechnet werden könnten.

Damit geht aber § 134 BGB - jedenfalls für den Bereich der wegen der Umstände ihrer Vornahme "gesetzwidrigen" Rechtsgeschäfte - von einer Wechselbeziehung zwischen Verbot und zivilrechtlicher Folgenanordnung aus, die so gar nicht existieren kann. Da ein Rechtsgeschäft niemals Gegenstand eines Verbotes sein kann, kann auch auf dessen Vornahme niemals mit der Sanktion zivilrechtlicher Nichtigkeit reagiert werden, so wie sich an eine ungesetzliche tatsächliche Handlung strafrechtliche oder zivilrechtliche Folgen zu knüpfen vermögen.

---

[4] Siehe oben S.94ff.

[5] Vgl. etwa v. Tuhr, Allgemeiner Teil, II 2, 1.Aufl., 1918, S.2 N.9; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878, S.12.

Vielmehr ist die zivilrechtliche Entscheidung das Primäre. Und das - scheinbar - gegen die Vornahme des Rechtsgeschäftes gerichtete Verbot hat in Wahrheit die Aufgabe, sicherzustellen, daß eine bestimmte zivilrechtliche Regelung nicht faktisch unterlaufen wird. So ist es beispielsweise Sinn des strafrechtlichen Wucherverbotes zu verhindern, daß der Täter das Opfer ungeachtet der Nichtigkeit des ihm abgepressten Leistungsversprechens zu dessen Erfüllung nötigt[6]. Das "Verbot" des betrügerischen Rechtsgeschäftes soll gewährleisten, daß der arglistig Getäuschte nicht trotz materiell wirksamer Anfechtung und damit Vernichtung des Rechtsgeschäftes unter Ausnutzen des gegen ihn fortwirkenden Anscheins rechtlicher Bindung geschädigt wird[7].

Das wucherische Geschäft ist aber nicht deshalb nichtig, weil das Verbot des § 302 a StGB existiert, und das betrügerische Geschäft nicht deshalb anfechtbar, weil § 263 StGB es untersagen würde. Anknüpfungspunkt für die zivilrechtliche Regelung ist nicht das verbotene Tun von Wucherer und Betrüger, sondern die Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Bewucherten bzw. Betrogenen, die es unbillig sein lassen würde, sie an ihre Willenserklärung zu binden. Insofern besteht aber kein grundsätzlicher Unterschied zu anderen Arten fehlerhafter und daher unwirksamer Rechtsgeschäfte. Das Verbot komplettiert in casu nur die zivilrechtliche Regelung, weil bei Rechtsgeschäften der vorliegenden Art stets zu erwarten ist, daß die vom Gesetz nicht gewollte und daher ausgeschlossene rechtliche Bindung durch eine illegitime faktische ersetzt wird. Bei vielen anderen fehlerhaften Rechtsgeschäften besteht eine solche Gefahr nicht, so daß sich der Gesetzgeber dort mit einer bloßen Nichtigkeitsanordnung begnügen kann,

---

[6] Siehe oben S.130f.

[7] Siehe oben S.110f.

ohne dieser ein Verbot hinzuzufügen[8].

Ausgangspunkt bei der Beurteilung von Rechtsgeschäften, die unter gesetzwidrigen Umständen vorgenommen werden, kann folglich nicht die Überlegung sein, ob sich das betreffende Geschäft als verbotenes oder erlaubtes qualifizieren lasse. Es gibt keine verbotenen bzw. erlaubten Rechtsgeschäfte, sondern nur solche Rechtsgeschäfte, die entweder geeignet oder ungeeignet sind, die von den Beteiligten erstrebte rechtliche Bindung herbeizuführen.

Über die Eignung entscheiden aber die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln, an denen sich jedes Rechtsgeschäft messen lassen muß, gleichgültig, ob mit ihm ein Gesetzesverstoß einhergeht oder nicht. - So läßt sich beispielsweise bei dem nach Ladenschluß vorgenommenen Kaufgeschäft, das seinem Inhalt nach erst während der gesetzlichen Öffnungszeit erfüllt werden soll[9], die Frage seiner Wirksamkeit nicht unter dem Aspekt des Erlaubt- bzw. Verbotenseins entscheiden. Denn gesetzwidrig ist nicht der Geschäftsschluß, sondern die mit ihm verbundene "Geschäftigkeit" im Ladenlokal[10]. Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes ließe sich - wenn es im übrigen keine Mängel aufweist - allenfalls mit der Erwägung bejahen, daß seine Wirksamkeit und die damit verbundenen Vermögensvorteile gleichsam Frucht des gesetzwidrigen tatsächlichen Verhaltens des Ladeninhabers seien und ihm daher entzogen werden müßten. Dann würde aber die Nichtigkeit nicht aus der Verbotswidrig-

---

8 So ist es nicht erforderlich, die Vornahme von Rechtsgeschäften mit Geschäftsunfähigen zu "verbieten". Denn es spricht keine Wahrscheinlichkeit dafür, daß derjenige, der beispielsweise mit einem wegen Geisteskrankheit entmündigten Erwachsenen einen Vertrag schließt, bei Erkennen der wahren Sachlage dessen unwirksames Leistungsversprechen mit mißbilligenswerten Mitteln zu realisieren versuchen würde

9 Anderes gilt selbstverständlich für Kaufgeschäfte, die nach Ladenschluß erfüllt werden sollen.

10 Siehe oben S.38.

keit des Geschäftes folgen, sondern den mit ihm einhergehenden faktischen Gesetzesverstoß "bestrafen". Derartige Maßnahmen sind aber dem Zivilrecht fremd, sie haben ihren legitimen Platz im Bereich des Straf- bzw. Ordnungswidrigkeitenrechtes.

Soweit es um die Vornahme von Rechtsgeschäften unter gesetzwidrigen Umständen geht, vermag § 134 BGB über deren Wirksamkeit keine Aussage zu treffen, da er eine logisch unhaltbare Beziehung zwischen Gesetzesverstoß und Nichtigkeitsanordnung herzustellen versucht.

Dieses Bedenken gilt nun allerdings nicht für die zweite Gruppe von "gesetzwidrigen"[11] Rechtsgeschäften, die § 134 BGB erfaßt, die Rechtsgeschäfte, die ihrem Inhalt nach auf verbotene Leistungen gerichtet sind. Denn hier kann es - zwar nicht bei der Vornahme des Rechtsgeschäftes, wohl aber bei dessen Vollzug - zu einer Antinomie von Sein und Sollen kommen. In diesem Zusammenhang ist es daher auch sinnvoll, die "Verbotswidrigkeit" eines Rechtsgeschäftes und dessen Wirksamkeit bzw. Nichtigkeit in eine Beziehung von Tatbestand und Rechtsfolge zueinander zu setzen. Welche Folgen sich für die Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes daraus ergeben, daß sein Vollzug mit gesetzlichen Verboten kollidiert, wird im Folgenden untersucht werden.

---

[11] Rechtsgeschäfte, die auf unerlaubte Leistungen gerichtet sind, als "gesetzwidrige" Rechtsgeschäfte zu bezeichnen, stellt eine ungefährliche falsa demonstratio dar, solange man sich dessen bewußt bleibt, daß niemals Rechtsgeschäfte, sondern lediglich die zu ihrem Vollzuge erforderlichen Handlungen Gegenstand von Verboten sein können.

3. Teil

Die Folgen des Verbotsverstoßes

§ 11 § 134 BGB, eine Norm zur Regelung der Verbotsfolgenfrage?

I. Eine Auslegung nach dem Wortsinn und dem Bedeutungszusammenhang des § 134.

Seiner allgemeinen Wortbedeutung nach besagt § 134 BGB, daß er die Verbotsvorschriften, die der Vollzug[1] eines Rechtsgeschäftes verletze, um die Anordnung der Nichtigkeit desselben ergänze, sofern nicht eine von diesem Prinzip abweichende Regelung bestehe. Denn die Formulierung "Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt" kann zwanglos als Ausdruck eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses verstanden werden, geht doch der allgemeine Sprachgebrauch wie auch der besondere des BGB dahin, Einschränkungen eines Grundsatzes durch das Verwenden von Konjunktionen wie "wenn sich nicht", "sofern sich nicht"[2] oder auf ähnliche Weise zu kennzeichnen. Demnach wäre § 134 BGB als eine "Komplementärvorschrift" aufzufassen, die - ähnlich wie § 823 Abs.2 BGB[3] - Verbotsnormen um eine zivilrechtliche Nichtigkeitsanordnung ergänzt, sofern nicht spezielle gesetzliche Regelungen (ausdrücklich) eine andere Folge als die der Nichtigkeit vorsehen.

---

[1] Angesichts der bisher gefundenen Ergebnisse soll die Rechtsfolgenanordnung des § 134 BGB nur noch im Hinblick auf inhaltlich gesetzwidrige Rechtsgeschäfte untersucht werden.

[2] Vgl. etwa die §§ 246, 276 Abs.1 BGB.

[3] Unterschiede ergeben sich natürlich daraus, daß die "Vernichtung" eines Rechtsgeschäftes einen grundsätzlich anderen Vorgang darstellt als das Konstituieren einer Schadensersatzpflicht für unerlaubte tatsächliche Handlungen.

Bei einem derartigen Normverständnis wäre der zweite Halbsatz des § 134 BGB vollkommen problemlos, würde sich sein Sinngehalt darin erschöpfen, das - noch dazu sehr einfach strukturierte - Konkurrenzverhältnis zwischen einer allgemeinen Vorschrift und einer besonderen festzulegen.

Ein solches Auslegungsergebnis setzt allerdings - was bisher stillschweigend angenommen wurde - voraus, daß die Formulierung "..., wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt" tatsächlich besagen soll, daß ein verbotswidriges Rechtsgeschäft nur dann nicht unwirksam sei, wenn eine die Nichtigkeit ausschließende Vorschrift existiere.

Vergleicht man nun allerdings den zweiten Halbsatz des § 134 BGB mit Normen aus diesem Gesetzeswerk, die eindeutig Konkurrenzregeln enthalten, so fällt auf, daß dort andere Formulierungen verwendet werden. Die §§ 246, 276 Abs.1 S.1 BGB bestimmen beispielsweise, daß die ihnen angeordneten Rechtsfolgen nur dann eintreten, "sofern nicht ein anderes bestimmt ist". Zwar findet sich demgegenüber eine mit § 134 zweiter Halbsatz BGB vergleichbare Formulierung sowohl in § 741 als auch in § 581 Abs.2 BGB. Jedoch handelt es sich dort nicht um Konkurrenzregeln, sondern um Vorschriften, die für andere Bereiche des BGB geschaffene Normen jeweils für das von ihnen geregelte Sachgebiet pauschal "in Bezug nehmen". Der Wortlaut der Vorschrift läßt somit zumindest nicht den sicheren Schluß zu, daß ausschließlich der erste Halbsatz die Voraussetzungen für eine Verbotsnichtigkeit festlege, der zweite Halbsatz hingegen lediglich Bedeutung für den Fall einer Normenkollision erlange.

Vielmehr besteht auch die Möglichkeit, daß § 134 die Nichtigkeitsanordnung von zwei tatbestandlichen Voraussetzungen abhängen läßt: Zum einen von der positiven Voraussetzung, daß das betreffende Rechtsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot verstoße, zum anderen von der negativen Voraussetzung, daß

sich "aus dem Gesetz nicht ein anderes" ergebe. Das letztgenannte Tatbestandsmerkmal müßte dann allerdings einen vollkommen anderen Sinn besitzen, als er in der Untersuchung bisher angenommen wurde.

Welche der beiden Möglichkeiten nun tatsächlich in Betracht kommt und welchen Sinngehalt § 134 BGB im soeben erörterten Fall aufweisen würde, läßt sich allein mit Hilfe einer von der Wortbedeutung ausgehenden Interpretation nicht verifizieren. Vielmehr muß dazu auf die Normvorstellungen der Schöpfer dieser Vorschrift zurückgegangen werden.

II. Eine Auslegung unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des § 134.

Der von Redaktor Gebhard gefertigte Vorentwurf enthielt zwei Vorschriften, die sich mit der Frage der Behandlung gesetzwidriger Rechtsgeschäfte befaßten.

§ 107[4] ordnete ohne jede Einschränkung an, daß Willenserklärungen nichtig seien, in denen eine mit den Vorschriften des Gesetzes im Widerspruch stehende Leistung versprochen werde. § 108[5] beschäftigte sich demgegenüber mit der Vornahme von Rechtsgeschäften unter gesetzwidrigen Umständen.

Lediglich bei dieser Norm findet sich der Zusatz, daß der Gesetzesverstoß nur dann zur Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes führe, "sofern nicht dem die Rechtspflicht begründenden Gesetze eine andere Absicht zu entnehmen" sei.

Nach den Normvorstellungen Gebhards sollten offensichtlich Rechtsgeschäfte gesetzwidrigen Inhaltes stets und ohne Ein-

---

[4] Sein Wortlaut ist oben auf S.11 abgedruckt.

[5] Sein Wortlaut ist oben auf S.11 wiedergegeben.

schränkung nichtig sein. Für sie würde demnach der zweite Halbsatz des § 134 BGB sicherlich keine andere Bedeutung als die einer Konkurrenzregel haben können.

Nun ist allerdings die im Vorentwurf enthaltene und zum Anknüpfungspunkt unterschiedlicher Regelungen gewählte Zweiteilung zwischen der Vornahme von Rechtsgeschäften gesetzwidrigen Inhaltes und der Vornahme von Rechtsgeschäften unter gesetzwidrigen Umständen im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens nicht mehr aufrecht erhalten worden.

Bereits in § 105 des 1.Entwurfes[6] ist nur noch von der verbotswidrigen Vornahme von Rechtsgeschäften die Rede, ohne daß der Wortlaut der Vorschrift zwischen Rechtsgeschäften mit ungesetzlichem Inhalt und solchen, die unter gesetzwidrigen Umständen vorgenommen werden, unterschieden hätte.

Die 1.Kommission hatte sich also dahin entschieden, bei beiden Arten gesetzwidriger Rechtsgeschäfte die Nichtigkeitsanordnung mit dem Vorbehalt "..., sofern nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergiebt" zu verknüpfen.

An dieser Entscheidung hat sich auch in den weiteren Stadien des Gesetzgebungsverfahrens nichts mehr geändert[7], so daß für § 134 BGB davon auszugehen ist, der zweite Halbsatz der Norm gelte für Rechtsgeschäfte verbotenen Inhalts gleichermaßen wie für Rechtsgeschäfte, die unter gesetzwidrigen Umständen vorgenommen werden.

---

[6] Sein Wortlaut findet sich oben auf S.16.

[7] Jedenfalls sind in den Gesetzesmaterialien keinerlei Hinweise darauf vorhanden, daß der von Redaktor Gebhard unterbreitete Vorschlag einer Trennung zwischen Rechtsgeschäften gesetzwidrigen Inhaltes und solchen, deren Vornahme gegen Verbote verstößt, wieder aufgegriffen worden wäre.

Aus dem Werdegang der Vorschrift läßt sich nun zunächst einmal folgern, daß der zweite Halbsatz des § 134 BGB jedenfalls keine Konkurrenzregel enthalten sollte, hätte Gebhard doch eine solche ohne weiteres auch § 107 des Vorentwurfes[8] hinzufügen können. Ihm ging es aber erkennbar darum, Rechtsgeschäfte gesetzwidrigen Inhaltes prinzipiell anders zu behandeln als Rechtsgeschäfte, die unter gesetzwidrigen Umständen vorgenommen werden. Dafür, daß die 1.Kommission den von Gebhard in § 108 des Vorentwurfes aufgenommenen Zusatz "sofern nicht dem ... Gesetze eine andere Absicht zu entnehmen ist" mit einem anderen Sinngehalt für § 105 des 1.Entwurfs übernommen hätte, sind keine Anhaltspunkte vorhanden.

Berechtigen die Gesetzesmaterialien demnach auch zu dem sicheren Schluß, daß der zweite Halbsatz des § 134 BGB nicht die Funktion einer Konkurrenzregel erfülle, so ist ihnen weit weniger leicht zu entnehmen, welcher Bedeutungsgehalt ihm denn stattdessen zukomme.

1. Die Normvorstellungen Redaktor Gebhards:

Für die Beantwortung dieser Frage sind die von Gebhard gefertigten Motive zu § 108 des Vorentwurfes am ergiebigsten, zeugen sie doch mehr als alle übrigen Gesetzesmaterialien zu § 134 BGB von einer intensiven Auseinandersetzung mit dem Problem der Behandlung gesetzwidriger Rechtsgeschäfte.

So entwickelt Gebhard an einer Reihe von Beispielen - er beschäftigt sich neben anderem mit der verbotenen Warenkreditierung an Arbeiter[9], dem wucherischen Rechtsgeschäft[10], der unerlaubten Ausgabe von Prämienpapieren[11] und dem ille-

---

8 Denn die Frage einer etwaigen Normenkonkurrenz kann sich selbstverständlich in beiden Fällen rechtsgeschäftlicher Gesetzesverstöße ergeben.

9 Entwurf des Allgemeinen Theils, Bd.3, 1881, S.145.

10 A.a.O.

11 A.a.O. S.147.

galen Feilhalten von Arzneien oder Giftstoffen - den Gedanken, daß ein Verbotsverstoß nicht notwendig die Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes zur Folge haben müsse. Jedoch bleiben die jeweils gefundenen Ergebnisse insgesamt unverbunden nebeneinander stehen. Gebhard äußert sich nicht dazu, ob er sie auf ein allgemeines Prinzip zurückführt oder in ihnen durch die jeweiligen Verbotsgesetze getroffene Einzelfallentscheidungen erblickt. Erst recht bleibt aber vollkommen offen, wie sich denn § 108 des Vorentwurfes auf gesetzwidrige Rechtsgeschäfte auswirken solle. Vielmehr klingen die Ausführungen Gebhards gerade so, als habe er nicht eine die Verbotsfolgenfrage zentral regelnde Norm zu schaffen, sondern stattdessen einem zukünftigen Gesetzgeber, der rechtsgeschäftliche Einzelverbotsnormen nebst zivilrechtlicher Folgenanordnung aufzustellen gedenkt, entsprechendes rechtspolitisches bzw. rechtsdogmatisches Entscheidungsmaterial zu unterbreiten.

Es zeichnet sich hiernach also ein merkwürdiges Ergebnis ab: § 108 des Vorentwurfes, dessen Konzeption schließlich für alle Arten gesetzwidriger Rechtsgeschäfte übernommen wurde[12], sollte nach dem Willen seines Verfassers keineswegs regeln, wann Rechtsgeschäfte, die unter verbotswidrigen Umständen vorgenommen werden, nichtig seien. Stattdessen wollte Gebhard diese Entscheidung nicht nur de lege lata, sondern auch de lege ferenda der jeweiligen Verbotsvorschrift entnommen wissen. Hiernach kennzeichnet die Formulierung "..., ist nichtig, ..." ebensowenig eine Rechtsfolgenanordnung, wie die vorangehenden Worte "Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ..." ein Tatbestandsmerkmal beschreiben[13].

---

[12] Siehe dazu oben S.243f.

[13] Siehe dazu oben S.235ff. (§ 10).

2. Die Normvorstellungen der am weiteren Gesetzgebungsverfahren Beteiligten, insbesondere die der Reichstagskommission:

In gleicher Weise wie Redaktor Gebhard sah auch die 1.Kommission nicht in der neu zu schaffenden Vorschrift, sondern in den einzelnen Verbotsgesetzen die Grundlage für die Entscheidung über Wirksamkeit oder Unwirksamkeit verbotswidriger Rechtsgeschäfte. So lehnte sie es ab, die Behandlung einseitiger Verbotsverstöße - wie von Gebhard vorgeschlagen[14] - ausdrücklich zu regeln, und begründete diese Auffassung damit, daß schon der Zusatz "..., sofern das Gesetz nicht ein Anderes ergiebt" "... auf die Beurtheilung des einzelnen Falls nach der Tendenz des Gesetzes abhebe ..."[15].

Während sich den Protokollen der 2.Kommission[16] für die Frage nach dem Regelungsgehalt des § 134 BGB nichts entnehmen läßt, enthält der Bericht der Reichstagskommission hierzu folgende Äußerung:[17]

> "Ob ein Gesetz das verbotene Rechtsgeschäft mit Nichtigkeit bedrohen oder nur mit Strafe belegen, oder ob das Gesetz nur als Ordnungsvorschrift gelten wolle (lex imperfecta), müsse an sich dem Gesetz selbst vorbehalten werden; nur eine Interpretationsregel[18] lasse sich in dieser Beziehung aufstellen und sei daher in dem Entwurf dahin gegeben, daß, wenn sich aus dem Gesetz kein anderer Sinn ergebe, Nichtigkeit als die gewollte Folge betrachtet werden müsse."

---

[14] § 108 Abs.2 des Vorentwurfes bestimmte:

> "Die vorstehende Bestimmung (gemeint ist § 108 Abs.1) findet keine Anwendung auf Verträge, deren Eingehung nur auf Seite des einen Vertragsschliessenden eine pflichtwidrige Handlung bildet."

[15] Protokolle 1.Kommission, 1881, S.216.

[16] Protokolle Bd.I S.122f. = Mugdan I S.724f.

[17] Bericht (Ausgabe Guttentag), 1896, S.42.

[18] Hervorhebung nicht im Original.

Der erste Halbsatz der zitierten Passage scheint auf eine Normvorstellung hinzudeuten, wie sie der Gebhards und der der 1.Kommission entspricht. Denn auch dort wird ja für die zivilrechtliche Folgenanordnung auf das jeweils verletzte Verbotsgesetz verwiesen. Der zweite Halbsatz weist hingegen - zumindest auf den ersten Blick - in eine andere Richtung, ist in ihm doch davon die Rede, daß die zu schaffende Norm die Funktion einer "Interpretationsregel" zu erfüllen habe.

Das Verständnis dieser Quelle wird also schon dadurch erschwert, daß in ihr zwei verschiedene, ja zunächst einmal miteinander unvereinbare Aussagen über den Regelungsgehalt des § 134 BGB getroffen werden[19]. Zu dieser Schwierigkeit tritt nun aber noch die weitere hinzu, daß der zweite Halbsatz nicht einmal bei isolierter Betrachtungsweise einen eindeutigen Inhalt besitzt.

Denn es lassen sich mit dem Begriff "Interpretationsregel" zwei vollkommen unterschiedliche Normtypen kennzeichnen. So nennt man zum einen diejenigen Vorschriften "Interpretationsregeln", die bestimmte Auslegungsmaximen festlegen. Die §§ 133, 157 BGB gehören beispielsweise dieser Gattung von Normen an. Zum anderen ist es aber auch üblich, von einer Norm als von einer "Interpretationsregel" zu sprechen, wenn diese bestimmte Auslegungsergebnisse festlegt. Im Gegensatz zu den Vorschriften der erstgenannten Gattung schließen diese "Interpretationsregeln" also gerade die Möglichkeit einer

---

[19] Dies geht aus der Literatur, die den Bericht der Reichstagskommission oftmals als Beleg dafür zitiert, daß § 134 möglicherweise als "Interpretationsregel" aufzufassen sei, nicht deutlich genug hervor (vgl. etwa Flume, Rechtsgeschäft, 3.Aufl., 1979, § 17, 1, S.341 N.2).

Sinnermittlung aus[20]. Stattdessen versehen sie eine rechtlich erhebliche Erklärung - mag es sich hierbei um ein Gesetz, ein Rechtsgeschäft oder ähnliches handeln - mit einem Inhalt, der sich aus ihr im Wege der Auslegung nicht zweifelsfrei oder möglicherweise sogar überhaupt nicht ermitteln lassen würde.

Sollten die Mitglieder der Reichstagskommission § 134 BGB als Interpretationsregel im eigentlichen Sinne verstanden ha-haben, so wäre ihre Äußerung über dessen Funktion zwar nicht mehr in sich widersprüchlich. Denn dann würde der zweite Halbsatz aus der zitierten Stelle des Kommissionsberichtes deren ersten Halbsatz lediglich erläutern und ergänzen. Jedoch bliebe immer noch unverständlich, wie § 134 eine solche Funktion erfüllen sollte, ist in ihm doch keine erkennbare Auslegungsmaxime enthalten.

Sollten sie hingegen den Begriff "Interpretationsregel" in dem zweiten möglichen Sinne aufgefaßt haben, so bliebe der bereits eingangs beschriebene Widerspruch zwischen den beiden Halbsätzen ihrer Stellungnahme bestehen.

Es läßt sich also aus dem Bericht der Reichstagskommission - gleichgültig, wie auch immer man den zweiten Halbsatz ihrer Äußerung interpretieren mag - keine verwertbare Aussage über den Sinngehalt des § 134 BGB entnehmen. Entscheidend für die Auslegung der Vorschrift sind mithin die Begründungen, die Redaktor Gebhard und die 1.Kommission ihren Normentwürfen beigegeben haben.

---

20 Vgl. zu dieser sogenannten "Legalinterpretation" etwa Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil, 1.Halbband, 15.Aufl., 1959, § 53 II, S.323.

III. Zusammenfassung.

Die Auslegung des § 134 BGB unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte der Norm hat ergeben, daß diese Vorschrift - anders als es ihr Wortlaut zunächst vermuten ließ - keine eigenständige Regelung der Verbotsfolgenfrage enthält. Vielmehr wollten ihre Schöpfer, und dies entspricht auch heute noch der herrschenden Auffassung[21], im Wege der Auslegung der jeweiligen Verbotsgesetze ermittelt wissen, ob ein gegen sie gerichtetes Rechtsgeschäft unwirksam sei oder nicht.

§ 134 BGB stellt sich damit als eine sehr eigentümliche Norm heraus. Sie ergänzt nicht, wie es durch § 823 Abs.2 BGB für den Fall von Schutzgesetzverletzungen geschieht, insoweit unvollständige Verbotsvorschriften durch eine zivilrechtliche Nichtigkeitsanordnung. Die Norm besagt - wie etwa Flume[22] es formuliert - "in Wirklichkeit nichts". Mithin kann sie auch bei der Beurteilung von Rechtsgeschäften gesetzwidrigen Inhaltes keine Entscheidungshilfe geben.

Aufgabe der nun folgenden Untersuchung ist es daher, unabhängig von der "Scheinregelung" des § 134 BGB Methoden der "Verbotsfolgenermittlung"[23] herauszuarbeiten.

---

21 Vgl. Flume, Rechtsgeschäft, 3.Aufl., 1979, § 17, 1, S.341; Larenz, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II, S.376; Palandt/Heinrichs, BGB, 39.Aufl., 1980, § 134, Anm.2 a; Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 134, Anm.1; Staudinger/Dilcher, BGB, 12.Aufl., 1979, § 134, Anm.3. Eine andere Auffassung vertritt Mayer-Maly in Münchener Kommentar, 1978, § 134, Anm.1. Nach Ansicht dieses Autors gibt § 134 BGB "den vom BGB zugrunde gelegten Prinzipien über das Verhältnis zwischen gesetzlicher und rechtsgeschäftlicher Regelung Ausdruck" (a.a.O.). Jedoch stellt auch Mayer-Maly, wie seine folgenden Ausführungen zeigen, der Sache nach auf die Besonderheiten der jeweiligen Verbotsgesetze ab.

22 A.a.O.

23 Es wird sich allerdings noch zeigen, ob es wirklich möglich ist, die Verbotsfolgen zu ermitteln, oder ob man hierbei in Wirklichkeit vor eine andersgeartete Aufgabe gestellt ist.

§ 12 Die Auslegung als Instrument der Verbotsfolgenermittlung, ihre Möglichkeiten und Grenzen

I. Eine notwendige Vorklärung.

In Rechtsprechung[1] wie Literatur[2] findet sich immer wieder die Formulierung, die Auslegung der jeweiligen Verbotsvorschrift müsse ergeben, ob ein gegen sie verstoßendes Rechtsgeschäft nichtig oder aber wirksam sei. Hiernach bestünde die Aufgabe der Verbotsfolgenermittlung also darin, aus der gegen das Rechtsgeschäft[3] gerichteten Norm anhand grammatischer, systematischer, historischer bzw. teleologischer Gesichtspunkte[4] eine zivilrechtliche Regelung herauszuarbeiten, die über die Gültigkeit jenes ungesetzlichen Gestaltungsaktes entscheidet. Zu analysierende Rechtsquelle wäre mithin die Verbotsvorschrift, die sich aus zwei Elementen zusammensetzt: Zum einen dem Verbotsausspruch, zum anderen der - möglicherweise verdeckt liegenden - Nichtigkeits- bzw. Wirksamkeitsanordnung.

---

1 Vgl. etwa: BGHZ 45, 322 (v. 4.4.1966), S.326; BGHZ 46, 24 (v. 1.6.1966), S.28 (unter Nr.2 a.E.); BGH NJW 1968, 2286 (v. 23.4.1968), S.2287 (es handelt sich um das oben S.200ff. sowie S.214ff. untersuchte "Futtermittel-Urteil").

2 Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil, 15.Aufl., 1960, 2.Halbband, § 190 II 1, S.1155; Flume, Rechtsgeschäft, 3.Aufl., 1979, § 17, 1, S.341; Larenz, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II, S.377; Mayer-Maly in Münchener Kommentar, 1978, § 134, Anm.47; Palandt/Heinrichs, BGB, 39.Aufl., 1980, § 134, Anm. 2 a; Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 134, Anm.1; Staudinger/Dilcher, BGB, 12.Aufl., 1979, § 134, Anm.3.

3 Nach den Ergebnissen der vorliegenden Untersuchung interessieren allerdings nur Normen, die sich gegen den Vollzug eines Rechtsgeschäftes richten.

4 Es handelt sich bei ihnen nicht um verschiedene "Auslegungsmethoden" (Larenz, Methodenlehre, 4.Aufl., 1979, S.332).

Der Versuch, die Verbotsfolgen auf dem soeben beschriebenen Wege einer Auslegung im eigentlichen Sinne zu ermitteln, dürfte nun aber nicht selten zu dem unbefriedigenden Ergebnis führen, daß sich der hierauf untersuchten Norm keine Aussage über die Wirksamkeit des sie verletzenden Rechtsgeschäftes entnehmen läßt. Denn ähnlich wie die Schöpfer von "Schutzgesetzen" im Sinne des § 823 Abs.2 BGB werden sich auch die Verfasser von rechtsgeschäftlichen Verboten oftmals keine Gedanken über die Frage der zivilrechtlichen Folgen einer etwaigen Gesetzesverletzung gemacht haben. Und das gilt keineswegs nur für solche Normen, denen - wie zum Beispiel dem Verbot des § 211 StGB - nur ausnahmsweise einmal im Vollzuge einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung zuwidergehandelt wird. Selbst Regelungen nach Art der Höchstpreisvorschriften[5], bei denen es wesensmäßig zu einem Zusammentreffen von Rechtsgeschäft und Gesetzesverstoß kommt, entbehren oftmals einer zivilrechtlichen Folgenanordnung[6]. Bei ihnen hilft das Instrument des Auslegens sicherlich nicht weiter.

Woran sich dann allerdings die Beurteilung eines gesetzwidrigen Rechtsgeschäftes auszurichten habe, wird nirgendwo deutlich gesagt. Es weisen lediglich einige vage Formulierungen darauf hin, daß sich eine derartige Entscheidung keineswegs allein auf das Auslegen von Verbotsnormen stützen könne. So ist beispielsweise bei Flume[7] nachzulesen, daß "nach den Grundsätzen[8] der Auslegung" zu ermitteln sei, "ob die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes dem Sinn des Verbotsgesetzes"

---

[5] Sofern man sie überhaupt als Verbotsvorschriften und nicht - wie in der vorliegenden Untersuchung geschehen - als Gebote auffaßt.

[6] Flume, Rechtsgeschäft, 3.Aufl., 1979, § 17, 4, S.347, hält es gerade bei den Preisvorschriften für sinnvoll, daß der Gesetzgeber die Rechtsfolgen eines Verbotsverstoßes ausdrücklich regele.

[7] A.a.O. S.341.

[8] Hervorhebung nicht im Original.

entspreche. Larenz[9] hält es für erforderlich, "... jede Verbotsvorschrift darauf zu prüfen, welche Folge sie für den Fall ihrer Übertretung verlangt"[10].

Beide Äußerungen legen zumindest die Annahme nahe, daß der Vorgang der Verbotsfolgenermittlung zuweilen auch ein rechtsschöpferisches Element enthalten könne, sich also nicht auf das Feststellen zivilrechtlicher Verbotsfolgenregelungen beschränke. Bevor jedoch auf diese besondere Form der "Verbotsfolgenermittlung" eingegangen wird[11], soll zunächst untersucht werden, inwieweit die Auslegung im eigentlichen Sinne geeignetes Hilfsmittel ist, verbotswidrige, nichtige Rechtsgeschäfte von ungesetzlichen, wirksamen Rechtsgeschäften zu unterscheiden. Denn die Reichweite dieses rechtstechnischen Instrumentes markiert gleichzeitig die Grenzlinie zu jener anderen Methode.

II. Die Verbotsfolgenermittlung anhand anerkannter Auslegungsgrundsätze.

1. Die Diktion der Verbotsvorschriften als Auslegungskriterium:

Fehlt eine ausdrückliche Verbotsfolgenanordnung, so soll oftmals doch zumindest der Wortlaut der verletzten Norm einen Rückschluß darauf zulassen, ob das ungesetzliche Rechtsgeschäft wirksam oder nichtig sei. Hierbei werden drei Formulierungen genannt, denen eine solche Indizwirkung zukomme:

---

[9] Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II, S.376.

[10] Hervorhebung nicht im Original.

[11] Dies geschieht in § 13. Siehe unten S.284ff.

Denjenigen Vorschriften, in denen davon die Rede ist, ein Rechtsgeschäft "könne nicht" vorgenommen werden, wird entnommen, daß gegen sie verstoßende Vereinbarungen nichtig seien[12].

Demgegenüber gelten Normen, die anordnen, ein Rechtsgeschäft "solle nicht" vorgenommen werden, als bloße Ordnungsvorschriften, die die zivilrechtliche Wirksamkeit der Geschäfte unberührt ließen[13].

In der Wendung schließlich, ein Rechtsgeschäft "dürfe nicht" vorgenommen werden, sieht man einen Hinweis darauf, daß die ungesetzliche Vereinbarung prinzipiell wirksam sein solle, sofern sich nicht im Einzelfall einmal ein anderer Wille des Gesetzes ergebe[14].

Es mehren sich jedoch die Stimmen[15], die in Zweifel ziehen, daß der Wortlaut der Verbotsnormen einen verläßlichen Hinweis auf die Art der zivilrechtlichen Folgeregelung geben könne. Wie weit diese Kritik berechtigt ist, soll im Folgenden an den Beispielen einiger "kann-nicht-Bestimmungen" bzw. "soll-nicht-Vorschriften" untersucht werden[16].

---

12 Vgl. etwa: Erman/Westermann, BGB, 6.Aufl., 1975, § 134, Anm.6; Palandt/Heinrichs, BGB, 39.Aufl., 1980, § 134, Anm. 2 a. Diese Auffassung geht auf eine entsprechende Äußerung in den Motiven der 1.Kommission zurück (siehe Mot. I, S.211 = Mugdan I, S.469).

13 Vgl. Larenz, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II, S.377; Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 134, Anm.12; Staudinger/Dilcher, BGB, 12.Aufl., 1979, § 134, Anm.14 a.E.

14 Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil, 2.Halbband, 15. Aufl., 1950, § 190 II 1, S.1155; Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 134, Anm.14.

15 Vgl. Larenz, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II, S.377; Mayer-Maly in Münchener Kommentar, 1978, § 134, Anm.49ff.; Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 134, Anm.13.

16 Die Bedeutung der "darf-nicht-Vorschriften" wird im Rahmen des Auslegungskriteriums "Sinn und Zweck von Verbotsgesetzer erörtert werden; siehe dazu unten S.271ff.

a) Die Verwendung der Formulierung "kann nicht", ein Indiz für die Nichtigkeit gesetzwidriger Rechtsgeschäfte?

Bereits die Motive zum 1.Entwurf[17] äußern sich dahingehend, daß in diesem Entwurf die Verwendung der Formulierung "kann nicht" zum Ausdruck bringe, das Gesetz verbiete ein Rechtsgeschäft und ordne dessen Nichtigkeit an. Es wird sodann eine Reihe von Normen angeführt, in denen sich die 1.Kommission dieser Gesetzestechnik bedient habe. Hierbei handelt es sich unter anderem um folgende Vorschriften:

Den § 185 Abs.1 des 1.Entwurfes, der den rechtsgeschäftlichen Ausschluß der Verjährung untersagt; den § 225, der den im voraus vereinbarten Haftungsausschluß für vorsätzliche Nichterfüllung von Verbindlichkeiten betrifft; den § 295 Abs.2, der rechtsgeschäftlichen Zessionsverboten die Wirkung gegenüber Dritten abspricht; den § 953, wonach der Bruchteil eines Eigentums nicht mit einem Vorkaufsrecht belastet werden kann; den § 961 Abs.2, der die Belastung eines Grundstücksbruchteils mit Erbbaurecht ausschließt; den § 1052, der bestimmt, daß ein Unterlassen nicht Gegenstand einer Reallast sein könne.

Auch die übrigen in den Motiven zitierten Normen weisen

---

[17] Motive I S.211 = Mugdan I S.469. Interessanterweise finden sich die in den Motiven abgedruckten Erwägungen jedoch weder in den Protokollen der 1.Kommission noch in der Begründung, die Redaktor Gebhard den §§ 107, 108 des Vorentwurfes beigefügt hatte.

einen vergleichbaren Regelungsgehalt auf[18].

Gemeinsam ist allen genannten Vorschriften, daß sie die Möglichkeiten rechtsgeschäftlicher Gestaltung unmittelbar einschränken. Gemeinsam ist ihnen aber auch, daß die durch sie reglementierten Rechtsgeschäfte keinen Bezug zu sozialschädlichen Verhaltensweisen haben. So ist es ja beispielsweise sicherlich nur eine Frage der Praktikabilität, ob der Gesetzgeber es zuläßt, Grundstücksbruchteile mit Rechten Dritter zu belasten, oder nicht[19].

Es geht folglich insbesondere bei den im sachenrechtlichen Bereich angesiedelten "kann-nicht-Vorschriften" um Normen, die lediglich Inhalt und Grenzen rechtlicher Gestaltungsfähigkeit festlegen, nicht aber um Verbote bestimmter Rechtsgeschäfte.

---

18 Es sind dort noch genannt:
§ 796 = § 137 S.1 BGB; § 871 Abs.3, der die Veräußerung bzw. Belastung eines Rückfallrechtes bei auflösend bedingter oder befristeter Auflassung eines Grundstücks ausschloß; § 953 = § 1095 BGB; § 972 = § 1023 Abs.2 BGB; § 974 schloß die getrennte Übertragung der Ausübung einer Grunddienstbarkeit aus, sofern sie nicht mit der Übertragung der Nutzung des herrschenden Grundstückes einherging; § 1045 schloß die Belastung des Bruchteils eines Grundstückes mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit aus, § 1093 Abs.1 BGB läßt sie demgegenüber in der Form eines Wohnungsrechtes zu; § 1047 = § 1092 Abs.1 BGB; § 1053= § 1106 BGB; § 1057 = § 1110 BGB; § 1063 = § 1114 BGB; § 1086 Abs.2 = § 1153 Abs.2 BGB; § 1102 = § 1181 Abs.1 BGB; § 1138 S.2 schloß die Bestellung einer Buchgrundschuld aus; § 1186 Abs.2 = § 1250 Abs.1 S.2 BGB; § 1207 = § 1274 Abs.2 BGB.

19 Denn man wird ja kaum sagen können, daß etwa die Einführung des Stockwerkeigentums durch das Wohnungseigentumsgesetz auf einer veränderten rechtsethischen Einstellung beruht habe.

Dasselbe gilt jedoch auch für all die anderen in den Motiven zitierten Normen. Der Vertragspartner, der sich entgegen § 225 des 1.Entwurfs[20] im vorhinein von der Haftung für eine vorsätzliche Nichterfüllung seiner Verbindlichkeiten freistellen lassen will, verübt mit der Abgabe einer entsprechenden Offerte keine unerlaubte Handlung. Er strebt hiermit jedoch eine Ausgestaltung des Schuldverhältnisses an, die die Rechtsordnung in dieser Form eben nicht vorsieht. Die im Widerspruch zu § 185 Abs.1[21] getroffene Vereinbarung eines Verjährungsausschlusses bleibt, ohne daß sie ein Verbot verletzen würde, der fruchtlose Versuch, Bindungen des Schuldners zu perpetuieren, die der Gesetzgeber im Interesse des Rechtsfriedens mit einer zeitlichen Begrenzung versehen hat.

Daher ist denjenigen Autoren[22] zuzustimmen, die jene Normen nicht als rechtsgeschäftliche Verbote qualifizieren und somit auch der dort verwendeten Diktion keinen Hinweis auf eine bestimmte Verbotsfolgenregelung entnehmen.

b) Die Verwendung der Formulierung "soll nicht", ein Indiz für die Wirksamkeit der gesetzwidrigen Rechtsgeschäfte?

Besteht - zumindest im Bereich der neuesten Rechtsliteratur - die Tendenz, die "kann-nicht-Vorschriften" aus der Gattung der Verbotsnormen auszusondern, so gilt für die "soll-nicht-Vorschriften" etwas anderes:

Ihnen wird nicht abgesprochen, rechtsgeschäftliche Verbote

---

20 § 276 Abs.2 BGB entspricht dieser Vorschrift aus dem 1.Entwurf.

21 Heute § 225 S.1 BGB.

22 Vgl. die Nachweise in N.15 auf S.254.

zu sein[23]. Jedoch schließt man - jedenfalls bei den Verbotsvorschriften des BGB - aus der Formulierung "soll nicht", daß gegen derartige Normen verstoßende Rechtsgeschäfte wirksam seien[24].

Aus der Gruppe der "soll-Vorschriften" sind zunächst einmal all diejenigen Normen auszusondern, die durch die Bezeichnung "sollen" bzw. "nicht sollen" bestimmte Förmlichkeiten für Rechtsgeschäfte vorschreiben. Wenn im Falle ihrer Verletzung das betreffende Geschäft dennoch wirksam ist, so läßt sich hieraus für die Behandlung ungesetzlicher Rechtsgeschäfte nichts ableiten. Denn es geht dann ja nicht um die Anerkennung unerlaubter Gestaltungsakte, sondern um die Einschränkung gewisser Formerfordernisse, von deren Beachten zunächst einmal die Möglichkeit privatautonomen Handelns überhaupt abhängt.

Es wäre daher nicht sachgerecht, zu sagen, ein Testator nehme ein verbotenes Rechtsgeschäft vor, wenn er im Widerspruch zu § 2247 Abs.2 BGB nicht die Zeit und den Ort der Niederschrift seines eigenhändigen Testamentes angebe.

Ferner müssen all diejenigen "soll-nicht-" bzw. "soll-nur-Vorschriften" außer Betracht bleiben, die - wie etwa § 925 a BGB - Rechtsgeschäfte betreffen, deren Gültigkeit davon abhängt, daß ein staatliches Organ die Willenserklärungen der Beteiligten entgegennimmt.

---

[23] So jedenfalls noch: Larenz, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II, S.377 und Palandt/Heinrichs, BGB, 39.Aufl., 1980, § 134, Anm.2 a; einschränkend Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 134, Anm.12.
Demgegenüber wollen Mayer-Maly in Münchener Kommentar, 1978, § 134, Anm.50 und Staudinger/Dilcher, BGB, 12.Aufl., 1979, § 134, Anm.14, auch die "soll-Vorschriften" aus der Gruppe der Verbotsnormen herausnehmen.

[24] Vgl. etwa Larenz, a.a.O.

Denn sie untersagen ja nicht die Vornahme des Rechtsgeschäftes (durch die Privaten), sondern reglementieren vielmehr die von dem Rechtsgeschäft zu unterscheidende Mitwirkungshandlung des Hoheitsträgers.

So spricht § 925 a BGB nicht das Verbot aus, ohne vorherige bzw. gleichzeitige Beurkundung des Kausalgeschäftes Auflassungserklärungen zu wechseln. Er untersagt nur dem Notar, diese Erklärungen entgegenzunehmen, sofern die in § 925 a genannten Voraussetzungen noch nicht erfüllt sind.

§ 56 BGB verbietet es dem Privaten nicht, die Eintragung eines Vereines zu erwirken, der weniger als sieben Mitglieder zählt. Vielmehr erteilt diese Vorschrift nur dem Registergericht die Anweisung, einem entsprechenden Antrag nicht nachzukommen.

Daß derartige Rechtsgeschäfte ungeachtet des mit ihnen - auf Seiten des Staatsorganes - einhergehenden Regelverstosses wirksam sind, sagt nichts darüber aus, in welchem Umfange die Rechtsordnung Ungesetzlichkeiten Privater toleriert. Vielmehr geht es hier um die Frage der Bestandskraft hoheitlicher Maßnahmen.

Für die vorliegende Untersuchung von Interesse können mithin nur solche Vorschriften sein, die Privaten bezüglich der Vornahme von Rechtsgeschäften bestimmte Verhaltenspflichten auferlegen, indem sie anordnen, daß gewisse Handlungen erfolgen bzw. unterbleiben "sollen". Es finden sich jedoch im BGB nur sehr wenige Normen dieser Art, während "soll-nicht-Vorschriften" der zuvor beschriebenen Gattungen[25] dort

---

[25] Siehe oben S.257ff.

ungleich häufiger[26] anzutreffen sind.

Eine dieser "soll-Vorschriften" im eigentlichen Sinne ist § 1645 BGB. Er ordnet an, daß Eltern nicht ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ein neues Erwerbsgeschäft im Namen ihres Kindes beginnen sollen. Die herrschende Ansicht[27] folgert aus dem Wortlaut der Norm, daß im Widerspruch zu ihr vorgenommene Rechtsgeschäfte gleichwohl wirksam seien.

Eine nähere Analyse des § 1645 BGB zeigt jedoch, daß die Vorschrift nicht ein Rechtsgeschäft verbietet. Vielmehr befaßt sich § 1645 mit der Frage, wie weit die elterliche Vertretungsmacht reicht. Sinn des Genehmigungserfordernisses ist es, den Handlungsspielraum der Eltern bei solchen Rechtsgeschäften einzuschränken, die sie möglicherweise nicht nur im Interesse des Kindes, sondern zuweilen aus einem für das Kind gefährlichen Eigeninteresse heraus abschließen[28]. Damit dient aber § 1645 BGB einem ähnlichen Ziel wie § 181 BGB, der in-sich-Geschäfte des Vertreters um des Schutzes des Vertretenen willen an dessen Einwilligung bzw. Genehmigung knüpft[29].

---

26 So finden sich im "Wort-Verzeichniß zum Bürgerlichen Gesetzbuche" von Otto Gradenwitz (erschienen 1902) unter dem Stichwort "sollen" nur sieben Paragraphen, in denen diese Formulierung in dem hier entscheidenden Sinne gebraucht wird. Demgegenüber sind fast 60 Paragraphen den Pflichten hoheitlich handelnder Stellen im Zusammenhang mit Rechtsgeschäften Privater gewidmet.

27 Vgl. etwa: Erman/Ronke, BGB, 6.Aufl., 1975, § 1645, Anm.1; Palandt/Diederichsen, BGB, 39.Aufl., 1980, § 1645, Anm.1; Staudinger/Lauterbach, BGB, 10./11.Aufl., 1966, § 1645, Anm.10.

28 So besteht etwa die Gefahr, daß in Konkurs gefallene Eltern ihr Kind bei weiteren geschäftlichen Unternehmungen vorschieben (Erman/Ronke, a.a.O.).

29 Vgl. zur Ratio des § 181 BGB: Protokolle 2.Kommission, Bd.I, S.175 = Mugdan I S.759.

§ 181 jedoch gilt nicht als Verbotsvorschrift im Sinne des § 134 BGB, sondern als eine Norm, die die Grenzen rechtlichen Könnens festlegt[30]. Unterschiede zu § 1645 BGB, die es rechtfertigen würden, ihn demgegenüber als rechtsgeschäftliches Verbot zu qualifizieren, sind nicht ersichtlich.

Auch für die übrigen "soll-Vorschriften" im eigentlichen Sinne gilt dasselbe. Denn sie regeln[31] Sachverhalte, bei denen es jeweils um die Frage der Reichweite gesetzlicher Vertretungsmacht geht.

Eine Ausnahme bildete nur § 1377 Abs.1 BGB a.F.[32], der bestimmte, daß der Ehemann gewisse Verfügungen über das eingebrachte Gut seiner Ehefrau nur vornehmen sollte, wenn dies der ordnungsgemäßen Verwaltung des Gutes diente. Aus der Formulierung "soll ... nur" wurde auf die Wirksamkeit hiergegen verstoßender Verfügungen geschlossen[33].

Jedoch machte gerade der Werdegang dieser Norm deutlich, wie problematisch es ist, aus ihrer Diktion eine bestimmte zivilrechtliche Folgenanordnung ablesen zu wollen. Denn es war noch im 2.Entwurf des BGB[34] davon die Rede, daß der

---

30 Dies ist seit der Entscheidung RGZ 56, 104 (v. 4.11.1903), S.107f. herrschende Auffassung; vgl. z.B. Erman/H. Westermann, BGB, 6.Aufl., 1975, § 181, Anm.12; Flume, Rechtsgeschäft, 3.Aufl., 1979, § 48, 1, S.811 Text zu N.10 m.w.N.; Larenz, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II, S.377; Soergel/Leptien, BGB, 11.Aufl., 1978, § 181, Anm.43.

31 Es sind dies die den Vormund betreffenden Vorschriften der §§ 1807 Abs.1, 1809, 1810 sowie 1823 BGB.

32 Neugefaßt durch Gleichberechtigungsgesetz v. 18.6.1957, (BGBl. I, S.609).

33 Vgl. Planck, BGB, 4.Aufl., 1928, § 1377, Anm.1.

34 Dort § 1276 Abs.1.

Ehemann Verfügungen nur unter bestimmten Voraussetzungen vornehmen "dürfe". Der revidierte 2.Entwurf[35] verwendete demgegenüber den Begriff "soll ... nur", ohne daß sich aus den Materialien[36] irgendein Hinweis darauf ergeben würde, die Änderung in der Wortwahl sei durch sachliche Gründe bedingt gewesen.

Angesichts solcher Ergebnisse erscheint es aber sehr fragwürdig, die Begriffe "soll nicht" bzw. "soll nur" als Indikator für die Wirksamkeit unerlaubter Rechtsgeschäfte zu werten. Denn sie betreffen entweder Rechtsgeschäfte, die gar nicht verboten sind, oder sind recht willkürlich gewählt.

2. Adressatenkreis einer Verbotsnorm als Auslegungskriterium:

Neben dem Wortlaut einer Verbotsnorm soll auch deren Adressatenkreis Aufschluß darüber geben können, ob das ungesetzliche Rechtsgeschäft gültig sei oder nicht[37]. Dabei hat sich - Mayer-Maly[38] spricht sogar von einem "Dogma" - der Satz herausgebildet, daß einseitig verbotswidrige Rechtsgeschäfte in der Regel wirksam, zweiseitig verbotswidrige Rechtsgeschäfte hingegen prinzipiell nichtig seien.

---

35 Dort § 1362 Abs.1

36 Protokolle 2.Kommission, Bd.IV, S.128 (unter Nr.VII.) =Mugdan IV S.758 (unter VI.B).

37 Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil, 2.Halbband, 15.Aufl., 1960, § 190 II 2, S.1158; Flume, Rechtsgeschäft, 3.Aufl., 1979, § 17, 3, S.345; Larenz, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II, S.379; Mayer-Maly in Münchener Kommentar, 1978, § 134, Anm.55f. steht dem allerdings sehr skeptisch gegenüber; Palandt/Heinrichs, BGB, 39.Aufl. 1980, § 134, Anm.2 a; Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 134, Anm.34.

38 A.a.O. Anm.55.

Redaktor Gebhard hatte bereits[39] - hierin einer rechtswissenschaftlichen Theorie seiner Zeit folgend[40] - einen entsprechenden Grundsatz im Gesetz selbst festschreiben wollen, wie § 108 Abs.2[41] des Vorentwurfes beweist.

Wie die Untersuchung einiger (scheinbar) einseitig verbotswidriger Kausalgeschäfte ergeben hat[42], sind jedoch zunächst einmal diejenigen Vereinbarungen auszusondern, die zwar nicht ihrem Inhalt nach auf einen Gesetzesverstoß gerichtet sind, bei denen sich aber einer der Beteiligten insgeheim vorbehält, anstelle der geschuldeten rechtmäßigen Leistung eine nicht geschuldete verbotswidrige zu erbringen. Denn sie stehen ja - was ihre Wirksamkeit ohne weiteres erklärt - mit der Rechtsordnung im Einklang.

In Betracht kommen daher nur diejenigen Geschäfte, deren Vollzug notwendig mit gesetzlichen Verboten kollidieren muß. Als Beispiel hierfür haben wir bereits den Gastaufnahmevertrag kennengelernt, den der Wirt vereinbarungsgemäß nur während der Sperrzeit erfüllen kann[43].

Der Frage, wie weit sich von der Einseitigkeit der Verbotsvorschrift auf die Wirksamkeit des zu ihr im Widerspruch stehenden Rechtsgeschäftes schließen läßt, soll an folgenden - immer wieder als Beispiel für diese Methode der Verbotsfolgenermittlung genannten[44] - Entscheidungen nachgegangen werden.

---

39 Das Prinzip der Wirksamkeit gesetzwidriger Rechtsgeschäfte, bei denen nur ein einseitiger Verbotsverstoß vorliegt, geht also nicht, wie man nach dem Inhalt der Motive (I S.210 = Mugdan I S.468) meinen könnte, auf die erste Kommission zurück.

40 Vgl. Entwurf des Allgemeinen Theils, Bd.3, 1881, S.145.

41 Sein Wortlaut ist oben auf S.11 wiedergegeben.

42 Siehe oben S.190ff.

43 Siehe oben S.208ff.

44 Mayer-Maly in Münchener Kommentar, 1978, § 134, Anm.55 N.99; Palandt/Heinrichs, BGB, 39.Aufl., 1980, § 134, Anm. 2 a; Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 134, Anm.34.

a) Eine Analyse anhand der Urteile RGZ 100, 39 (v.18.6.1920); 102, 292 (v. 24.6.1921) und 104, 105 (v. 23.2.1922):

Das Urteil des Reichsgerichts vom 18.6.1920 hat uns bereits unter dem Gesichtspunkt des Unterscheidens zwischen Rechtsgeschäften tatsächlich ungesetzlichen Inhaltes und solchen Geschäften mit scheinbar verbotswidrigem Leistungsgegenstand beschäftigt[45]. Der in jener Entscheidung zu beurteilende Kaufvertrag besaß, wie festgestellt[46], keinen der Rechtsordnung widerstreitenden Inhalt. Vielmehr hatte nur der beklagte Verkäufer anstelle der geschuldeten einwandfreien Ware Lebensmittel geliefert, die zum menschlichen Genuß ungeeignet oder sogar gesundheitsschädlich waren[47] und daher gem. § 10 Nr.2[48] bzw. § 12 Nr.1[49] des Nahrungsmittelgesetzes vom 14.5.1879[50] nicht hätten in den Verkehr gebracht werden dürfen. Ausschlaggebend war also nicht die Einseitigkeit des Verbotsverstoßes, sondern die mangelnde Kenntnis der anderen Partei von der in Aussicht genommenen Gesetzesverletzung. Und diese mangelnde Kenntnis wiederum entschied lediglich über das Erlaubt- bzw. Verbotensein des Rechtsgeschäftsinhaltes, nicht aber über die zivilrechtlichen Folgen eines manifesten Verbotsverstoßes.

Das Urteil, dessen Ergebnis sicherlich zuzustimmen ist, bezieht also seine Überzeugungskraft aus Umständen, die mit der Frage der Verbotsfolgenermittlung gar nichts zu tun haben.

---

45 Siehe oben S.194f.

46 A.a.O.

47 Dies war in dem zu beurteilenden Sachverhalt nicht eindeutig klärbar (RGZ 100, 39, S.40).

48 Dieser verbot das wissentliche Verkaufen verdorbener Lebensmittel unter Verschweigen dieses Umstandes.

49 Diese Vorschrift untersagte es, wissentlich Gegenstände als Nahrungs- oder Genußmittel zu verkaufen, feilzuhalten oder sonst in den Verkehr zu bringen, die geeignet sind, die menschliche Gesundheit zu beschädigen.

50 RGBl. S.145.

Der in den Gründen[51] zu findende formelhafte Hinweis, daß auch in casu die Regel von der Wirksamkeit einseitig gesetzwidriger Rechtsgeschäfte eingreife, gibt demgegenüber keinen Aufschluß darüber, warum ein solcher Zusammenhang bestehe und wie er denn genau beschaffen sei.

Für den vom Gericht hypothetisch untersuchten Fall[52] beiderseitiger Kenntnis des Zustandes der Ware gilt im übrigen dasselbe. Auch dann wäre das Rechtsgeschäft seinem Inhalt nach nicht auf eine gesetzwidrige Leistung gerichtet, verbieten die lebensmittelrechtlichen Vorschriften doch offensichtlich nur den Verkauf genußuntauglicher Nahrungsmittel an arglose Konsumenten. Denn nur sie sind der Gefahr einer gesundheitlichen Schädigung ausgesetzt.

Bei der einzig denkbaren Alternative eines inhaltlich ungesetzlichen Kaufgeschäftes jedoch würde man es mit einem zweiseitigen Verbotsverstoß zu tun haben. Eine solche Konstellation läge vor, wenn der Verkäufer verdorbene Waren liefern soll, damit sie der Erwerber seinerseits unter Verschweigen ihres Zustandes weiterveräußern könne. Dann nämlich würden beide Vertragsparteien mit dem Vollzug des Kaufgeschäftes zumindest eine rechtswidrige Handlung begehen, ja sich möglicherweise[53] sogar einer versuchten Straftat nach § 12 Nr.1 des Nahrungsmittelgesetzes[54] schuldig machen. Bei allen denkbaren Fallvarianten entscheidet sich mithin die Frage der Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes bereits an dem Kriterium seines Verboten- bzw. Erlaubtseins, ohne daß überhaupt die Aufgabe der Verbotsfolgenermittlung zu bewältigen wäre.

---

[51] RGZ 100, 39, S.40.

[52] A.a.O. S.41 a.E.

[53] Dies hängt davon ab, ob der Weiterverkauf an arglose Konsumenten bereits unmittelbar bevorsteht oder nicht.

[54] § 12 Abs.2 ordnete die Strafbarkeit des Versuches an.

Die Entscheidung vom 24.6.1921[55] hatte sich mit der Wirksamkeit eines Importgeschäftes über kondensierte Milch zu befassen. Bedarfsgüter dieser Art waren gem. der Bundesratsverordnungen vom 18.April[56] und 16.Dezember 1916[57] an die Reichsstelle für Speisefette GmbH zu verkaufen und zu liefern. Gem. § 2 Abs.1 der Ausführungsverordnung des Reichskanzlers vom 18.4.1916[58] hatte der Importeur den Eingang der Waren und deren Aufbewahrungsort unverzüglich der Einkaufsgesellschaft anzuzeigen. Zuwiderhandlungen gegen diese Pflichten waren unter Strafe gestellt[59].

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichtes hatte die auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung klagende Verkäuferin diesen Pflichten nachzukommen[60].

Das Reichsgericht verneinte zwar die Nichtigkeit des Geschäftes mit der Erwägung, daß lediglich ein einseitiger Verbotsverstoß vorgelegen habe[61]. Wie sich aus seinen Ausführungen jedoch ergibt, lag auch hier wiederum kein Rechtsgeschäft vor, das einen inhaltlichen Bezug zu einer Gesetzesverletzung aufgewiesen hätte. Vielmehr wurde der Kaufvertrag dahingehend ausgelegt, daß die Käuferin die Waren nur dann abzunehmen hatte, wenn diese der Reichsstelle gemeldet und zur Auslieferung freigegeben worden waren[62]. Die Parteien hatten also keine ungesetzliche Leistung vereinbart. Lediglich hatte eine von ihnen einen illegalen, nicht absprachegemäßen Weg der Vertragserfüllung einzuschlagen versucht. Auch in casu ging es nicht um eine besondere Methode der

---

55 RGZ 102, 292.

56 RGBl. S.302.

57 RGBl. S.1391.

58 RGBl. S.303.

59 § 10 der Ausführungsverordnung vom 18.4.1916 iVm § 2 Abs.2 der Bundesratsverordnung v. 18.4.1916.

60 A.a.O. (N.55) S.293/294.

61 A.a.O. S.294.

62 A.a.O.

Verbotsfolgenermittlung; tragendes Element der Entscheidung war stattdessen die Unterscheidung zwischen erlaubten und verbotenen Rechtsgeschäften.

Dieselbe Beobachtung läßt sich schließlich auch bei dem Urteil vom 23.2.1922[63] machen. Es betraf einen Kaufvertrag über Leinöl, das nach § 3 Abs.1 Nr.6 der Bundesratsverordnung vom 15.2.1917[64] dem "Kriegsausschuß für pflanzliche und tierische Öle und Fette GmbH" anzumelden und auf Verlangen abzuliefern war. Nach § 4 Abs.2 der hierzu ergangenen Ausführungsbestimmungen[65] erlosch die Lieferpflicht, wenn der Ausschuß entweder nicht binnen zehn Tagen seit Absenden der Anzeige eine Übernahmeerklärung abgab oder die Übernahme der Ware ablehnte.

Das Reichsgericht hob - trotz seines Hinweises auf das Prinzip der Wirksamkeit einseitig gesetzwidriger Rechtsgeschäfte[66] - in der Sache darauf ab, daß der Vertrag nicht auf den Verkauf von Leinöl gerichtet gewesen sei, das nach übereinstimmendem Willen beider Parteien auch ohne die erforderliche Freistellung von dem Ablieferungszwang hätte geleistet werden sollen[67]. Nicht die Einseitigkeit des Verbotsverstoßes, sondern der fehlende Bezug des Rechtsgeschäftes zu einem solchen war auch hier ausschlaggebend.

---

63 RGZ 104, 105.
64 RGBl. S.137.
65 v. 16.2.1917, RGBl. S.140.
66 A.a.O. (N.63), S.107/108.
67 A.a.O.

b) Eine Analyse anhand des Urteils BGHZ 46, 24 (v. 1.6.1966):

Repräsentativ für die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes[68] zur Frage der Behandlung einseitig verbotswidriger Rechtsgeschäfte ist das Urteil vom 1.6.1966. In ihm ging es um die Wirksamkeit eines Vertrages, aufgrund dessen ein von der Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung für die Vermittlung von Filmengagements zugelassener Agent einer Schauspielerin Theatertourneen vermittelt hatte[69]. Hierdurch überschritt der Agent den ihm von der Bundesanstalt zugewiesenen Tätigkeitsbereich und verstieß damit gegen das Verbot der seinerzeit[70] geltenden §§ 35, 210 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung[71] (AVAVG).

---

68 Vgl. beispielsweise auch die Urteile BGHZ 37, 363 (v. 12. 7.1962), S.365f. (Spielbankentscheidung); 53, 152 (v. 12. 1.1970), S.157 (Werbung für Heilmittel) und BGHZ 71, 358 (v. 22.5.1978), S.360/361 (Vermittlung eines Darlehens im Reisegewerbe), in denen der BGH - neben anderen Gesichtspunkten - auf die Ein- bzw. Zweiseitigkeit von Verbotsverstößen als Kriterium bei der Verbotsfolgenermittlung abhob.

69 BGHZ 46, 24, S.25.

70 Heute regelt sich die Frage der verbotenen Arbeitsvermittlung nach § 228 Abs.1 Nr.2 des Arbeitsförderungsgesetzes v. 25.6.1969, BGBl. I, S.582. Es handelt sich dabei - im Gegensatz zum früheren Rechtszustand - nur noch um eine Ordnungswidrigkeit, die mit einer Geldbuße von bis zu 30.000,--DM geahndet werden kann, § 228 Abs.2 AFG.

71 v. 3.4.1957, BGBl. I, S.322.

§ 35 AVAVG bestimmte:

> Arbeitsvermittlung, Berufsberatung und Lehrstellenvermittlung dürfen nur von der Bundesanstalt betrieben werden; die §§ 42 und 54 bleiben unberührt.

(§ 54 AVAVG betraf die Beauftragung von Einzelpersonen mit der Arbeitsvermittlung.)

Der BGH[72] gelangte aufgrund folgender Erwägungen zu dem Ergebnis, daß der Vertrag ungeachtet des durch den Agenten verübten Gesetzesverstoßes wirksam sei:

Es handele sich zunächst einmal bei der Norm des § 210 AVAVG um eine ausschließlich gegen den Vermittler gerichtete Verbotsvorschrift. Dieser Umstand spreche schon grundsätzlich für eine Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes[73]. Außerdem sei es aber auch durchaus mit dem Zweck des Verbotes vereinbar, einen Vertrag, bei dessen Vollzug es verletzt werde, für gültig anzusehen[74].

Die Verbotsfolgenermittlung soll sich hiernach also an zwei Kriterien ausrichten, deren zweites - der Gesichtspunkt des Zweckes der Verbotsnorm - noch später[75] eingehender untersucht werden wird.

Betrachtet man nun jedoch die einzelnen Argumente, auf die der BGH seine Entscheidung stützt, so fällt auf, daß - wie schon in den zuvor analysierten Urteilen des Reichsgerichtes, so auch hier - der Aspekt der Gesetzwidrigkeit

---

Fortsetzung Fußnote

[71] § 210 AVAVG ordnete an:

> Wer vorsätzlich ... ohne Auftrag der Bundesanstalt Arbeitsvermittlung im Sinne des § 37 ... ausübt, wird mit Geldstrafe oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.
>
> Wird die Tat gewerbsmäßig begangen, so ist die Strafe Gefängnis bis zu sechs Monaten. Daneben kann auf Geldstrafe erkannt werden.

[72] A.a.O. (N.69).

[73] A.a.O.

[74] A.a.O. S.28 (unter Nr.2).

[75] Dies geschieht in Abschnitt 3; unten S.271ff.

des Rechtsgeschäftes, nicht aber die Frage der Folgen des Verbotsverstoßes im Vordergrund steht. Das Gericht hebt nämlich in den Entscheidungsgründen immer wieder darauf ab, daß sich der Agent zwar (formell) verbotswidrig verhalten habe, aus seiner Handlungsweise jedoch keine der Gefahren erwachsen sei, deren Abwehr das Verbot des § 210 AVAVG diene:[76]

So sei die Vertragspartnerin des Agenten bei der Vermittlung der Theatertourneen von einer Person betreut worden, deren Eignung die Bundesanstalt hinsichtlich der weitgehend ähnlichen Tätigkeit des Vermittelns von Filmengagements geprüft habe. Zweck der Verbotsnorm sei es aber gerade auch, die Arbeitsuchenden vor den Risiken einer unsachgemäß durchgeführten Vermittlung zu schützen[77].

Auch habe für die Auftraggeberin nicht die Gefahr bestanden, finanziell übervorteilt zu werden, sei doch in dem Vertrag vorgesehen gewesen, daß der Agent gem. §§ 315, 316 BGB die Höhe seiner Vergütung nach billigem Ermessen festlegen solle. § 315 Abs.3 BGB habe die Beklagte mithin vor unangemessen hohen Forderungen bewahrt[77].

Der BGH hatte es folglich mit dem Verstoß gegen eine als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltete Norm zu tun, wobei in dem zu beurteilenden Sachverhalt die das Vorgehen des Gesetzgebers bestimmende, jedoch nicht zum Tatbestandsmerkmal erhobene Sozialschädlichkeit des unter den Wortlaut der Vorschrift subsumierbaren Verhaltens fehlte.

In der Sache ging es mithin um eine Restriktion der (scheinbar) verletzten Verbotsvorschrift des § 210 AVAVG, wie sie auch bei der bereits[78] untersuchten Futtermittel-

---

76 Vgl. zur Ratio des § 210 AVAVG z.B. Krebs, AVAVG-Kommentar, 1966, § 35, Anm.1.

77 BGHZ 46, 24, S.26f.

78 Siehe oben S.214ff.

entscheidung[79] anzutreffen war, nicht aber darum, aus deren Struktur eine bestimmte zivilrechtliche Folgenanordnung abzulesen. Auch diese Entscheidung vermag daher nicht deutlich zu machen, in welcher Weise der von einer Verbotsnorm erfaßte Adressatenkreis Rückschlüsse auf die Wirksamkeit bzw. Nichtigkeit eines ungesetzlichen Rechtsgeschäftes zulassen könne. Die in ihr analysierte Vorschrift schweigt zur Verbotsfolgenfrage, ist aber beredt, soweit es um die Frage nach dem Umfang ihres originären Anwendungsbereiches geht[80].

3. Sinn und Zweck einer Verbotsvorschrift als Auslegungskriterium:

In dem soeben untersuchten Urteil leitete der BGH die Wirksamkeit des Vermittlungsvertrages aus zwei Umständen her: Zum einen aus der Einseitigkeit des Verbotsverstoßes, zum anderen daraus, daß eine etwaige Nichtigkeit des Geschäftes nicht dem Sinn der §§ 35, 210 AVAVG entspreche[81].

Das Gericht berücksichtigte damit ein Kriterium, dem für den Prozeß der Verbotsfolgenermittlung allgemein ein hoher

---

79 BGH NJW 1968, 2286 (v. 23.4.1968), S.2287.

80 Daß der BGH den Anwendungsbereich der Verbotsnorm eingeschränkt, nicht aber Verbotsfolgenermittlung betrieben hat, lassen im Vergleich die Entscheidungen BGHZ 37, 258 (v. 25.6.1962) und BGH JR 1969, 221 (v. 10.12.1968) noch deutlicher werden. Dort verneinte der BGH - es ging in dem erstgenannten Urteil um verbotene Rechtsberatung, in dem letztgenannten um verbotene Arbeitsvermittlung - trotz der Einseitigkeit des Verbotsverstoßes die Wirksamkeit der betreffenden Rechtsgeschäfte. Im Gegensatz zu dem hier untersuchten Urteil lag in jenen Entscheidungen ein zweifelsfrei gesetzwidriges Verhalten vor, denn es hatten sich Personen auf dem Gebiet der Rechtsberatung bzw. auf dem der Arbeitsvermittlung betätigt, deren fachliche Eignung von den zuständigen Behörden überhaupt nicht überprüft worden war.

81 BGHZ 46, 24, S.28 (unter Nr.2).

Stellenwert beigemessen wird[82]. So sieht besonders Mayer-Maly[83] in der teleologischen Interpretation der Verbotsnorm das geeignete Mittel, um herauszufinden, ob ein Gesetzesverstoß die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes nach sich ziehe oder nicht.

Neben dem Wortsinn einer Verbotsvorschrift bzw. dem von ihr erfaßten Adressatenkreis soll also auch deren Normzweck Indiz für eine bestimmte Verbotsfolgenanordnung sein.

Nimmt man - wie es im vorliegenden Abschnitt zunächst geschieht[84] - an, daß sich die zivilrechtliche Folgeanordnung aus der verletzten Verbotsvorschrift im Wege ihrer Interpretation gewinnen lasse, so muß es sich bei dem Gesichtspunkt des Normzweckes notwendig um ein Auslegungskriterium handeln. Und dieses wird immer dann bedeutsam, wenn sich der Sinngehalt einer Norm weder aus deren Wortbedeutung noch aus deren systematischem Zusammenhang noch aus deren Entstehungsgeschichte zweifelsfrei ermitteln läßt[85]. Die von der teleologischen Interpretation zu bewältigende Aufgabe besteht also darin, aus mehreren - auf der Grundlage der soeben beschriebenen Kriterien gefundenen - Auslegungsergebnissen dasjenige Ergebnis auszuwählen, das den mit der untersuchten Norm verfolgten Zielen am ehesten entspricht[86].

---

82 Vgl. etwa: Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil, 2.Halbband, 15.Aufl., 1960, § 190 II 1, S.1155; Flume, Rechtsgeschäft, 3.Aufl., 1979, § 17, 1,S.341; Larenz, Allgemeiner Teil, 4.Aufl., 1977, § 22 II, S.377/378; Mayer-Maly in Münchener Kommentar, 1978, § 134, Anm.47f.; Palandt/Heinrichs, BGB, 39.Aufl., 1980, § 134, Anm.2 a; Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 134, Anm.25.

83 A.a.O. N.48.

84 Siehe oben S.253.

85 Vgl. Larenz, Methodenlehre, 4.Aufl., 1979, S.322; Zippelius, Einführung in die juristische Methodenlehre, 2.Aufl., 1974, 10 a, S.56f.

86 Larenz, a.a.O. S.323.

Soll nun aus einer Verbotsnorm im Wege teleologischer Interpretation entnommen werden, ob ein gegen sie gerichtetes Rechtsgeschäft wirksam sei oder nicht, so gilt es zunächst einmal anhand der drei anderen Kriterien zu ermitteln, ob sich die betreffende Vorschrift überhaupt mit der Frage der zivilrechtlichen Verbotsfolgen beschäftigt. Denn die Entscheidung für eine bestimmte Norminterpretation kann sich nur insoweit an Zweckgesichtspunkten ausrichten, als es um die Wahl zwischen mehreren gleichartigen Auslegungsmöglichkeiten geht. So ist es sicherlich möglich, aus dem Zweck einer zwar zweifellos vorhandenen, jedoch nicht eindeutigen Verbotsfolgenanordnung zu erschließen, ob sie das ungesetzliche Rechtsgeschäft vernichte, für gültig erkläre oder aber in anderer Weise auf seinen Bestand einwirke. Sehr fragwürdig wäre aber der Versuch, die Existenz einer zivilrechtlichen Folgenanordnung damit begründen zu wollen, daß sie die Verbotsnorm in einer deren Zwecken entsprechenden Weise ergänze. Denn dabei geht es nicht mehr um das Verstehen einer vom Gesetzgeber ausgesprochenen Folgeanordnung, sondern darum, die Verbotsnorm um eine zwar notwendige, bisher jedoch nicht vorhandene Regelung zu vervollständigen. Damit aber würde man den Bereich des Auslegens verlassen und die Grenze zur Rechtsschöpfung überschreiten[87].

Nun läßt sich allerdings die Grenzlinie zwischen der Auslegung und der Rechtsfortbildung durch das Mittel teleologischer Interpretation sehr weit hinausschieben. Dies zeigt sich an Entscheidungen, die gegen den eindeutigen Wortlaut des Gesetzes und gegen die ebenso eindeutig erkennbaren Absichten des Gesetzgebers den Anwendungsbereich von Normen einschränken bzw. erweitern.

---

[87] Vgl. zur Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung: Larenz, Methodenlehre, 4.Aufl., 1979, S.354ff.
Wie sich die Aufgabe der Rechtsfortbildung im Bereiche der gesetzwidrigen Rechtsgeschäfte darstellt, wird in § 13 untersucht werden.

Beispielhaft hierfür ist die Rechtsprechung[88] zu § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes a.F.[89], der seinem Wortlaut nach im Falle des Mitverschuldens des Verletzten die (Gefährdungs-) Haftung des Bahnunternehmers ausschloß und dem Willen des Gesetzgebers[90] entsprechend trotz des zwischenzeitlich geschaffenen § 254 BGB auch weiterhin ausschließen sollte. Ungeachtet dieser Umstände entschied das Reichsgericht[91] - und der Bundesgerichtshof setzte später diese Judikatur fort[92] -, daß eine Abwägung auch dann erfolgen müsse, wenn der Unternehmer nur unter dem Gesichtspunkt der Betriebsgefahr hafte.

Selbst wenn man dieses Vorgehen noch als teleologische Interpretation wertet[93], so ist doch Mindestvoraussetzung für die Anwendung einer derartigen Technik, daß sich anhand der drei anderen Auslegungskriterien sicher ermitteln läßt, der Gesetzgeber habe für die betreffende Materie überhaupt eine Regelung getroffen.

---

88 Vgl. dazu insbesondere die Entscheidungen RGZ 56, 154 (v. 9.11.1903), S.155 und BGHZ 2, 355 (v. 25.6.1951), S.356ff. m.z.N.

89 § 1 bestimmte:

> Wenn bei dem Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch getötet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Betriebsunternehmer für den dadurch entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, daß der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden des Getöteten oder Verletzten verursacht ist.

§ 4 des "Haftpflichtgesetzes" in der Fassung vom 4.1.1978 (BGBl. I, S.145) ordnet nunmehr an:

> Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt, so gilt § 254 des Bürgerlichen Gesetzbuchs; ...

90 Bei der Angleichung des Reichshaftpflichtgesetzes an das neugeschaffene BGB entschloß sich die 2.Kommission mehrheitlich dazu, das Prinzip der Mitverschuldensabwägung nicht in das Gesetz einzubringen (Protokolle 2.Kommission, Bd.6, S.594 = Mugdan I S.129f.).

91 A.a.O. (N.88).

92 A.a.O. (N.88).

93 Larenz, a.a.O. (N.87), S.326, sieht sie als solche an.

Das war für § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes zu bejahen, erfaßte die Norm doch ihrem Wortsinn nach gerade auch den Fall eines Mitverschuldens des Verletzten, wenngleich dies in einer der späteren Rechtsentwicklung[94] nicht mehr gemäßen Weise geschah.

Demgegenüber muß bei einem Zusammentreffen von Rechtsgeschäft und Gesetzesverstoß zunächst einmal herausgefunden werden, ob die verletzte Vorschrift denn neben ihrem Verbotsausspruch auch noch eine zivilrechtliche Folgeanordnung enthalte. Bei der Suche hiernach aber können Normzweckgesichtspunkte keine Hilfe leisten. Sie dienen vielmehr dazu, den Inhalt einer vorgefundenen Regelung zu präzisieren oder - wie bei § 1 des Reichshaftpflichtgesetzes geschehen - zu korrigieren. Wenn also der Zweck einer Verbotsnorm Aufschlüsse über Art und Reichweite der Verbotsfolgenregelung geben soll, so muß vorab deren Existenz festgestellt werden.

Es soll im Folgenden anhand einiger Beispielsfälle untersucht werden, inwieweit Normzweckgesichtspunkte bei der Behandlung ungesetzlicher Rechtsgeschäfte Element eines Auslegungsprozesses der soeben beschriebenen Art sind.

a) Eine Analyse anhand des Urteils BGHZ 37, 258 (v. 25.6.1962):

In dieser oftmals zitierten Entscheidung mußte der BGH über die Wirksamkeit eines Vertrages befinden, in dem sich der spätere Beklagte, ein Betriebs- und Wirtschaftsberater, dem Kläger gegenüber dazu verpflichtet hatte, für diesen eine Schuldensanierung durchzuführen.

---

[94] Vgl. dazu die Nachweise in BGHZ 2, 355, S.358f., auf die Behandlung der Mitverschuldensfrage in den Gefährdungshaftungsvorschriften, die im Laufe der Zeit nach dem Reichshaftpflichtgesetz geschaffen wurden.

Während das Berufungsgericht die Vereinbarung deshalb für gültig ansah, weil nur der Beklagte bei deren Vollzug gegen ein gesetzliches Verbot, nämlich gegen das des Art.1 § 1 Abs.1[95] des Rechtsberatungsgesetzes, verstoßen habe[96], ging der BGH[97] von deren Nichtigkeit aus. Er stützte seine Entscheidung auf folgende Erwägungen:

Aus § 134 BGB ergebe sich nicht, daß nur zweiseitig gesetzwidrige Rechtsgeschäfte unwirksam seien. Eine Regel dieses Inhaltes habe vielmehr die Rechtsprechung nur dem "Sinn und Zweck[98] der jeweils in Betracht kommenden Bestimmungen entnommen"[99]. Der Zweck des Rechtsberatungsgesetzes jedoch - es solle ein unsachgemäßes Wahrnehmen der Interessen des Rechtssuchenden unterbinden - lasse sich nur dann verwirklichen, wenn der Vertrag zwischen Berater und Klient unwirksam sei. Denn andernfalls sei jener gehalten, eine gem.Art.1 § 8 des Rechtsberatungsgesetzes strafbare Tätigkeit auszuüben oder fortzusetzen.

Auffällig ist, daß weder der BGH, der zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes gelangte, noch das Berufungsgericht, das eine gegenteilige Ansicht vertrat, in einer irgendwie erkennbaren Weise der Frage nachgegangen wäre, ob denn das Rechtsberatungsgesetz neben seinem Verbotsausspruch überhaupt eine zivilrechtliche Folgeanordnung enthalte. Dennoch stellten beide Gerichte eine unmittelbare Beziehung zwischen der Struktur bzw. dem Zweck der Verbotsnorm und der Entscheidung

---

95 Diese Vorschrift zählt zu den Verbotsnormen, in denen sich der Gesetzgeber der Formulierung "darf nur" (in casu) bzw. "darf nicht" bedient. Wie wenig Bedeutung man dieser Diktion jedoch beimißt, wird sich sogleich zeigen (siehe unten S.277).

96 BGHZ 37, 258, S.260.

97 A.a.O. S.262.

98 Hervorhebung nicht im Original.

99 A.a.O. (N.97).

über die Wirksamkeit des Beratungsvertrages her[100]. Nach dem zuvor Gesagten kann es sich aber bei der hier verwendeten Technik der Verbotsfolgenermittlung nicht um eine teleologische Interpretation im eigentlichen Sinne gehandelt haben.

Dies wird auch noch einmal an den Argumenten deutlich, mit denen der BGH die vom Landgericht Kreuznach[101] vertretene Anschauung zurückwies, gesetzwidrige Rechtsberatungsverträge seien wirksam, weil die durch sie verletzten Normen lediglich dem Allgemeininteresse dienten. Dem hielt der BGH entgegen, daß das Rechtsberatungsgesetz Individualgüter schützen solle, und zwar sowohl die Interessen des Beratenen an einer sachgerechten Betreuung als auch die Interessen der Anwaltschaft an einer Absicherung ihres Tätigkeitsbereiches gegenüber Personen, die keinen standesrechtlichen Beschränkungen unterlägen[102]. Gar nicht ging der BGH hingegen auf die Erwägung des Landgerichtes ein, die Schöpfer des Rechtsberatungsgesetzes hätten durch die Formulierung "darf nur" in Art.1 § 1 auf eine Gültigkeit hiergegen verstoßender Vereinbarungen hinweisen wollen. Ausgangspunkt einer kontroversen Norminterpretation hätte jedoch zunächst einmal ein unterschiedliches Verständnis der Sprachbedeutung der untersuchten Vorschrift sein müssen. Daß der BGH diesem Aspekt keinerlei Bedeutung beimaß, zeigt, daß für ihn die Suche nach einer gesetzlichen Verbotsfolgenanordnung schon im Ansatz als fruchtlos erschien.

---

100 Manche der vom BGH verwendeten Formulierungen erwecken zwar den Eindruck, als entnehme er die Nichtigkeitsanordnung aus § 134 BGB. Aus dem Gesamtkontext geht jedoch hervor, daß das Gericht - wie es in der Rechtsprechung allgemein geschieht - auch hier die verletzte Verbotsnorm als den entscheidenden Anknüpfungspunkt der Verbotsfolgenermittlung ansieht.

101 NJW 1951, 807 (v. 2.2.1951).

102 BGHZ 37, 258, S.261 (unter Nr.3 a).

b) Eine Analyse anhand des Urteils BGHZ 45, 322 (v. 10.4.1966):

In dem Rechtsstreit ging es um die Gültigkeit eines "Konzessionsabgabenvertrages". In diesem Vertrag hatte sich die klagende Gemeinde von dem beklagten Energieversorgungsunternehmen eine Gewinnbeteiligung dafür einräumen lassen, daß ausschließlich jenes Unternehmen das Gemeindegebiet mit Strom beliefern durfte. Diese Vereinbarung unterfiel der später erlassenen Anordnung des Reichskommissars für die Preisbildung "über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände" vom 4.März 1941[103] (KAE). Nach § 1 Abs.2 dieser Anordnung durften die Versorgungsunternehmen an Kleinstgemeinden, zu denen auch die Klägerin zählte, ab 1.April 1941 keine Konzessionsabgaben mehr zahlen. Art.2 des Gesetzes zur Änderung der KAE vom 24.Dezember 1956[104] hob die Anordnung mit Wirkung vom 1.April 1956 auf.

Der BGH hatte darüber zu befinden, ob der zwischen den Parteien geschlossene - über den 1.April 1956 hinausreichende - Vertrag für die Zeit nach dem Aufheben der Anordnung Gewinnbeteiligungsansprüche der Gemeinde begründen konnte. Er gelangte dabei zu dem Ergebnis, daß die KAE zwar ein rechtsgeschäftliches Verbot enthalte, nach ihrem Sinn und Zweck jedoch nicht die endgültige Unwirksamkeit (Nichtigkeit) der gegen sie verstoßenden Konzessionsabgabeverträge erfordere[105]. Daß § 134 BGB dem nicht entgegenstehe, folgerte der BGH daraus, daß diese Norm lediglich eine "Auslegungsregel" aufstelle[106].

---

103 Reichsanz. 1941 Nr.57.
104 BGBl. I, S.1076.
105 BGHZ 45, 322, S.326.
106 A.a.O.

Obgleich die Entscheidungsgründe mehrfach hervorheben[107], eine Auslegung des § 1 Abs.2 KAE müsse ergeben, ob der gegen ihn verstoßende Vertrag fortgelte, finden sich in ihnen doch keine Ausführungen dazu, inwieweit jene Vorschrift überhaupt eine Verbotsfolgenanordnung getroffen habe. So hätte es bei einer Auslegung im eigentlichen Sinne nahegelegen, etwa die Diktion des § 1 Abs.2 KAE[108] als Anknüpfungspunkt für eine Norminterpretation zu wählen. Stattdessen stellte der BGH ausschließlich darauf ab, welche zivilrechtliche Folgeanordnung dem Verbot des § 1 zweckmäßigerweise zuzuordnen sei. Dabei wies er ausdrücklich darauf hin, daß sich bei Inkrafttreten der KAE gerade die nunmehr zu entscheidende Verbotsfolgenfrage gar nicht gestellt habe, seien die Absichten des Gesetzgebers doch dahin gegangen, das Konzessionsabgabeverbot als Dauerregelung auszugestalten und zu einem späteren Zeitpunkt auf alle Gemeinden auszudehnen[109].

Zudem bezogen sich die Normzweckerwägungen des BGH lediglich formal auf § 1 KAE, tatsächlich jedoch auf das 15 Jahre später ergangene Abänderungsgesetz. Denn aus dessen Existenz schloß er, daß der Gesetzgeber Abgabeverträgen mit einer über den 1.April 1956 hinausreichenden Laufzeit nicht mehr entgegentreten wolle, hätte er sonst doch das Verbot des § 1 KAE noch nicht zu diesem Zeitpunkt aufgehoben[110].

Es wurde in casu folglich "rückwirkend" ein rechtsgeschäftliches Verbot mit einer Folgeanordnung verbunden, die ihm im Zeitpunkt seines Entstehens sicherlich nicht zu entnehmen gewesen wäre, sollte es - was bereits sehr zweifelhaft ist - über das Schicksal ungesetzlicher Konzessionsabgabeverträge überhaupt eine Aussage getroffen haben.

---

107 BGHZ 45, 322, S.326 und 327.

108 So war dort davon die Rede, daß Konzessionsabgaben nicht mehr gezahlt werden dürften.

109 Dies san der später durch die Ausführungsverordnung zur KAE (v. 27.2.1943, Reichsanz. Nr.75) eingefügte § 2 a KAE vor.

110 BGHZ 45, 322, S.327.

Wie schon die zuvor analysierte Entscheidung des BGH, so läßt auch das vorliegende Urteil nicht erkennen, daß der Gesichtspunkt des Normzweckes für eine Auslegung im eigentlichen Sinne fruchtbar gemacht worden wäre.

c) Eine Analyse anhand des Urteils BGHZ 71, 358 (v. 22.5.1978) [111]:

In dieser Entscheidung, der in kurzer Zeit noch mehrere gleichlautende Urteile folgten[112], hatte der III.Senat des BGH über die Wirksamkeit eines Darlehensvertrages zu befinden, der den beklagten Darlehensnehmern entgegen § 56 Abs.1 Nr.6 GewO[113] im "Reisegewerbe"[114] vermittelt worden war. Das Gericht bejahte die in Rechtsprechung[115] wie

---

111 = NJW 1978, 1970.

112 Die nachfolgend aufgeführten Entscheidungen sind alle durch den III.Senat ergangen:
BGH WM 1978, 1154 (v. 6.7.1978); NJW 1979, 1597 (v. 8.2. 1979), S.1598; NJW 1979, 1593 (v. 8.2.1979); NJW 1979, 2092 (v.17.5.1979); NJW 1979, 2511 (v. 21.6.1979),S.2513.

113 Der Wortlaut der Norm ist oben in N.9 auf S.3 wiedergegeben.

114 Zu der Kreditvermittlung war es anläßlich eines "Meetings gekommen, bei dem eine Waschmittelproduzentin in einem öffentlichen Lokal Mitglieder für ihre Vertriebsorganisation geworben hatte (BGHZ 71, 358, S.363).

115 Vgl. außer den in N.10 und 11auf S.3/4genannten Urteilen noch: LG Darmstadt, MDR 1974, 932 (v. 10.1.1974) und OLG Düsseldorf, MDR 1972, 321 (v. 17.12.1971). Beide Entscheidungen - die des OLG Düsseldorf befaßte sich mit dem gegen § 56 Abs.1 Nr.2 GewO verstoßenden Verkauf von Edelsteinen bzw. Edelmetallen im Reisegewerbe - bejahten die Wirksamkeit der gesetzwidrigen Rechtsgeschäfte.

Literatur[116] umstrittene Frage, ob der Verstoß gegen § 56 GewO zur Nichtigkeit der entsprechenden Rechtsgeschäfte führe[117].

Der BGH begründete diese Entscheidung mit dem Hinweis auf Sinn und Zweck des § 56 Abs.1 Nr.6 GewO[118]. Dabei hob er hervor[119], daß eine "ausdrückliche Regelung"[119] der Verbotsfolgenfrage im vorliegenden Fall fehle. Es finden sich auch in den Urteilsgründen keine Erwägungen dazu, ob etwa aus § 56 GewO - trotz Fehlens einer "ausdrücklichen" Verbotsfolgenanordnung - eine gesetzliche Regelung der Wirksamkeitsfrage im Wege der Auslegung zu entnehmen sei. Vielmehr ist die gesamte Untersuchung von dem Bestreben gekennzeichnet, die gewerberechtliche Verbotsvorschrift um eine zwar zweckmäßige, jedoch in dieser Form eben nicht vorhandene zivilrechtliche Regelung zu ergänzen.

So erörterte der BGH ausführlich, welche Regelung der Verbotsfolgenfrage den Interessen des von dem Reisegewerbetreibenden aufgesuchten Kunden am ehesten gerecht werde[120]. Ausschließlich auf diesen Aspekt hatte sich auch schon zuvor

---

116 Vgl. außer den in N.12auf S.4 genannten: Höbold, Die Umgehung des § 656 BGB, NJW 1970, 1869, S.1870; Palandt/Heinrichs, BGB, 39.Aufl., 1980, § 134, Anm.2 a (für eine Nichtigkeit der gegen § 56 Abs.1 Nr.6 GewO verstoßenden Geschäfte); Fuhr/Stahlhacke, Gewerbeordnung, Stand: Mai 1973, § 56, Anm.1 c; Ungerbieler, Zur Nichtigkeit von Darlehensverträgen wegen Verstoßes gegen § 56 I Nr.6 GewO, NJW 1980, 568, S.569 (gegen eine Nichtigkeit der unter § 56 GewO fallenden Rechtsgeschäfte).

117 A.a.O. (N.114), S.360 (unter Nr. II 1).

118 A.a.O. S.361f.

119 A.a.O. S.361 (unter Nr.2).

120 A.a.O. S.361 (unter Nr.4) f.

die Diskussion in Rechtsprechung und Literatur konzentriert[121]. Sinn und Zweck des § 56 GewO dienten immer dazu, die Notwendigkeit und Brauchbarkeit bestimmter Lösungsvorschläge zu begründen. Nicht aber benutzte man diese Kriterien um mit ihrer Hilfe zwischen mehreren - nach grammatischen, systematischen bzw. historischen Gesichtspunkten erarbeiten - Auslegungsergebnissen dasjenige auszuwählen, das den Zwecken einer zwar zweifelsfrei vorhandenen, in ihrem Inhalt aber mehrdeutigen gesetzlichen Verbotsfolgenanordnung auf optimale Weise Rechnung trug.

Zwar finden sich wiederholt Formulierungen[122], die den bei der Verbotsfolgenermittlung in casu eingeschlagenen Weg als "Auslegung" kennzeichnen, in der Sache muß es sich aber um einen andersartigen Vorgang handeln.

III. Zusammenfassung.

Als Ergebnis der vorangegangenen Untersuchung ist somit festzuhalten, daß weder die Diktion noch der Adressatenkreis noch Sinn und Zweck von Verbotsvorschriften taugliche Instrumente der Verbotsfolgenermittlung bilden. Dies gilt

---

121 Dies wird besonders deutlich bei Holschbach, Zur Wirksamkeit von Darlehensgeschäften "an der Haustür", NJW 1973, 444. Dieser Autor räumt zu Beginn seiner Untersuchung (a.a.O. S.445 unter Nr.I) ein, daß § 56 Abs.1 Nr.6 GewO die Frage nach der Wirksamkeit gegen sie verstoßender Rechtsgeschäfte unbeantwortet lasse, unternimmt aber sodann (a.a.O. S.446 (unter Nr.III) f.) den Versuch, aus § 56 GewO anhand einer Normzweckbetrachtung die Verbotsfolge zu ermitteln.

122 So ist beispielsweise bei Berg, JuS 1973, 548, S.550 (unter Nr.2 a) nachzulesen, die Regel, daß ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot Nichtigkeit zur Folge habe, gelte nach § 134 nicht, wenn Sinn und Zweck des Gesetzes etwas anderes ergäben. Dies klingt so, als seien Sinn und Zweck von Verbotsvorschriften Mittel, mit deren Hilfe man vorhandene gesetzliche Folgeanordnungen erkenne.

jedenfalls insoweit, als es darum geht, aus der verletzten Norm eine zivilrechtliche Folgeanordnung zu gewinnen.

Die im Falle des Fehlens "ausdrücklicher"[123] Anordnungen zu bewältigende Aufgabe kann folglich auch nicht darin bestehen, der Verbotsnorm eine Aussage über das Schicksal des gesetzwidrigen Rechtsgeschäftes entnehmen zu wollen, die sie ihrem Wesen nach gar nicht treffen kann. Vielmehr gilt es, für die jeweilige Verbotsnorm eine Komplementärvorschrift zu finden[124] bzw. zu schaffen, die diese als zivilrechtliche Folgeregelung ergänzt. Die Aufgabe der Verbotsfolgenermittlung besteht also oftmals darin, rechtsfortbildend tätig zu werden.

Nun mag man der hier geübten Kritik entgegenhalten, Rechtsprechung und Literatur bedienten sich durchaus in der Sache einer solchen Methode, bezeichneten sie aber lediglich als "Auslegung". Ein solcher Einwand wäre aber nicht gerechtfertigt. Gegen die Annahme, daß etwa der BGH in den zuvor untersuchten Entscheidungen den Weg richterlicher Rechtsfortbildung beschritten sei, spricht nämlich folgender Umstand:

Der BGH nennt in jenen Urteilen neben der jeweils verletzten Verbotsnorm keine andere Rechtsquelle, aus der sich die Verbotsfolgenanordnung ergeben solle. Der oftmals mitzitierte § 134 BGB scheidet ja als "Auslegungsregel" nach eigener Ansicht des Gerichtes[125] für eine solche Funktion aus. Hätte es aber die jeweils angenommene Verbotsfolge beispielsweise mittels gesetzesimmanenter Analogie aus Vorschriften entwickelt, die das Schicksal verbotswidriger Rechtsgeschäfte ausdrücklich[126] regeln, so wäre doch ein

---

123 Tatsächlich mangelt es in derartigen Fällen überhaupt an Verbotsfolgeanordnungen, nicht nur fehlen "ausdrückliche" Regelungen.

124 Dieser Versuch dürfte regelmäßig erfolglos bleiben.

125 Vgl. die Ausführungen in BGHZ 45, 322, S.326.

126 D.h. tatsächlich regeln.

Hinweis auf die der Rechtsfortbildung zugrundegelegten Normen erforderlich gewesen. Solche Hinweise finden sich aber nicht.

Die geübte Methode der "Verbotsfolgenermittlung" bei Fehlen entsprechender gesetzlicher Regeln weist somit eine Struktur auf, die sich einer präzisen Einordnung entzieht. Sie überschreitet einerseits erkennbar die Grenzen der Auslegung, ist andererseits aber auch nicht eindeutig als Rechtsfortbildung zu qualifizieren. Dies erweckt aber wiederum den Eindruck, daß lediglich diffuse Zweckmäßigkeitserwägungen darüber entscheiden, ob ein gesetzwidriges Rechtsgeschäft gültig sei oder nicht, ohne daß sich das jeweils "gefundene" Ergebnis auf verallgemeinerungsfähige Prinzipien zurückführen ließe.

Im Folgenden soll daher untersucht werden, ob und inwieweit sich stattdessen das Instrument der Rechtsfortbildung mit seinen weitgehend[127] präzise faßbaren Voraussetzungen für die Aufgabe des Ermittelns von Verbotsfolgen fruchtbar machen läßt.

§ 13 Die Rechtsfortbildung in Form der Einzel- bzw. Gesamtanalogie als Instrument der Verbotsfolgenermittlung

I. Die Art der Aufgabe und ihre Besonderheiten.

1. Die Art der Aufgabe:

Wie sich aus dem zuvor Gesagten ergibt, bietet sich die Rechtsfortbildung als Instrument der "Verbotsfolgenermitt-

---

[127] Vgl. dazu Larenz, Methodenlehre, 4.Aufl., 1979, S.351.

lung"[1] dann an, wenn sich der verletzten Verbotsnorm im Wege ihrer Auslegung keine zivilrechtliche Folgeanordnung entnehmen läßt. Auslegung und Rechtsfortbildung stehen hier also bereits in diesem Punkt[2] in einem atypischen Verhältnis zueinander; jedenfalls spricht der erste Anschein dafür.

Üblicherweise werden ja diese Begriffe auf ein und dieselbe Norm bezogen: Die Auslegung ist dazu bestimmt, die Grenzen des Anwendungsbereiches der Norm abzustecken. Mit dem Mittel der Rechtsfortbildung (in der Form der Einzelanalogie) werden hingegen die von der Norm angeordneten Rechtsfolgen auf einen Sachverhalt übertragen, der sich zwar nicht unter den Normtatbestand subsumieren läßt, mit diesem aber "in den für die rechtliche Bewertung[3] maßgebenden Hinsichten"[4] übereinstimmt.

Im vorliegenden Fall sieht es demgegenüber zunächst so aus, als beziehe sich die Technik des Auslegens auf die Verbotsvorschrift, das Mittel der Rechtsfortbildung aber auf zivilrechtliche Folgeanordnungen, die außerhalb dieser Norm stehen und - was das Entscheidende ist - mit ihr gar nichts zu tun haben. Dieser Eindruck täuscht jedoch.

Gegenstand der Auslegung ist nämlich die Verbotsvorschrift als ganzes, nicht aber deren Verbotsausspruch. Und das Ziel dieser Auslegung besteht darin, herauszufinden, ob die verletzte Norm neben ihrem Verbotsausspruch noch eine zweite Anordnung enthält, eine Anordnung, die die Verbotsfolgen regelt. Führt diese Auslegung zu dem negativen

---

[1] Der Sache nach handelt es sich hierbei natürlich nicht mehr um das "Ermitteln" von Verbotsfolgen.

[2] Welche Besonderheiten noch anzutreffen sind, wird sich im weiteren Verlauf der Untersuchung zeigen.

[3] Hervorhebung im Original.

[4] Larenz, Methodenlehre, 4.Aufl., 1979, S.366.

Ergebnis, daß sich die betreffende Vorschrift auf einen bloßen Verbotsausspruch beschränke, so müßte an sich der Prozeß des Auslegens an der Norm wiederholt werden, aus der anschließend im Wege der Rechtsfortbildung die notwendige, aber eben fehlende zivilrechtliche Folgeanordnung hergeleitet wird, um die man das insoweit unvollkommene Verbot ergänzt. Nur kann dieser Zwischenschritt regelmäßig unterbleiben, weil sich die in Aussicht genommene Verbotsfolgenanordnung evidentermaßen auf andere ungesetzliche Rechtsgeschäfte bezieht als die jeweils untersuchte Vereinbarung. Der scheinbar mit dem Übergang von der Auslegung zur Rechtsfortbildung verbundene Wechsel in der Bezugsnorm findet also gar nicht statt; er erfolgt vielmehr schon während des Auslegungsprozesses.

Bestehen insoweit also keine Unterschiede zu den üblichen Fällen der Rechtsfortbildung, so könnten sich Abweichungen jedoch in einer anderen Beziehung ergeben:

Eine gesetzesimmanente Rechtsfortbildung ist immer dann erforderlich, wenn für einen Lebenssachverhalt planwidrigerweise eine gesetzliche Regelung fehlt, obwohl dieser Lebenssachverhalt entscheidungserhebliche Ähnlichkeiten mit Tatbeständen aufweist, für die der Gesetzgeber eine bestimmte Rechtsfolge angeordnet hat[5]. Die im Wege des Analogieschlusses zu schaffende neue Norm[6] muß mithin solche Geschehensabläufe erfassen, die nicht Gegenstand einer gesetzlichen Regelung sind, obgleich sie es ihrem Wesen nach sein müßten.

---

[5] Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S.16; Engisch, Einführung, 6.Aufl., 1975, S.137; Larenz, Methodenlehre, 4.Aufl., 1979, S.366.

[6] Denn darin besteht ja das Wesen des Analogieschlusses. Die gebräuchliche Wendung, eine Norm werde "entsprechend angewandt", verdunkelt diesen Sachzusammenhang: vgl. dazu Schmiedel, Die sogenannte Organhaftung und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 1978, 261, S.264.

Geht es um die Behandlung gesetzwidriger Rechtsgeschäfte, so stellt sich die Sachlage jedoch etwas anders dar.

Ziel einer Rechtsfortbildung in diesem Bereich ist es nicht, neue Normen zu bilden, die an den Eintritt bestimmter tatsächlicher Ereignisse bestimmte Rechtsfolgen knüpfen. Vielmehr dienen sie dazu, andere Normen bzw. gewisse - sogleich zu erörternde - Rechtsprinzipien zu modifizieren. Dies folgt aus dem Wesen des Rechtsgeschäftes als eines Gestaltungsaktes Privater, der nur insoweit gültig und verbindlich zu sein vermag, als ihn die Rechtsordnung anerkennt. Bereits der Aussage, die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes sei nur noch im Hinblick auf einen mit ihm einhergehenden Gesetzesverstoß zweifelhaft, liegt notwendig die Feststellung zugrunde, die Rechtsordnung habe das betreffende Geschäft - losgelöst von der Verbotsfolgenfrage - jedenfalls als Typus anerkannt.

Für die Aufgabe der Rechtsfortbildung ist es bedeutsam, in welcher Weise die grundsätzliche Anerkennung des Rechtsgeschäftstyps erfolgt. Dabei sind zwei Möglichkeiten denkbar:

Einmal könnten die Rechtsgeschäfte eines bestimmten Typs generell und ohne Rücksicht darauf, ob sie gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, von der Rechtsordnung anerkannt sein. Die Nichtigkeit einzelner gesetzwidriger Rechtsgeschäfte dieser Gattung würde sodann entweder auf einer speziellen gesetzlichen Regelung oder auf einer hieraus im Wege des Analogieschlusses geschaffenen neuen Norm beruhen. Ziel der Rechtsfortbildung wäre es mithin, einzelnen Rechtsgeschäften die Wirksamkeit zu entziehen, weil sie ungesetzlichen Rechtsgeschäften ihres Typs ähneln, bei denen dies aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung geschieht. Wie jene bereits vorhandenen Normen so würden auch die neu zu schaffenden Vorschriften der Restriktion des Prinzipes

genereller Anerkennung aller Rechtsgeschäfte einer bestimmten Gattung dienen.

Zum anderen ist jedoch auch ein Prinzip umgekehrten Inhaltes vorstellbar. Danach würde die Rechtsordnung Geschäfte eines bestimmten Typus unter Ausschluß derjenigen anerkennen, die mit gesetzlichen Verboten kollidieren. Die Gültigkeit einzelner verbotswidriger Rechtsgeschäfte wäre bei einer derartigen Ausgangslage auf spezielle Normen zurückzuführen, durch die die Rechtsordnung in den betreffenden Ausnahmefällen die erforderliche Sanktion erteilt. Und die Aufgabe der Rechtsfortbildung bestünde darin, diese Regelung auf ähnliche Rechtsgeschäfte zu übertragen, mit denen sich der Gesetzgeber planwidrigerweise nicht befaßt hat. Ebenso wie bei der zuerst erörterten Variante ginge es auch hier um die Restriktion eines Prinzipes; nur wäre dieses Prinzip darauf gerichtet, unerlaubte Rechtsgeschäfte nicht anzuerkennen.

Nun scheint dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis genau dem zu entsprechen, was § 134 BGB seinem Wortlaut nach bestimmt. Das trifft jedoch nur unter sehr großen Einschränkungen zu. Nach den im zweiten Teil der Untersuchung gewonnenen Erkenntnissen läßt sich ja nur dann von "verbotswidrigen" Rechtsgeschäften sprechen, wenn eine Vereinbarung ihrem Inhalt nach auf ungesetzliche Leistungen gerichtet ist. Die Vielzahl derjenigen Rechtsgeschäfte, bei deren Vornahme sich ein Gesetzesverstoß ereignet, würde demgegenüber von dem Nichtigkeitsprinzip gar nicht betroffen. Das Erfordernis der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung gebietet es jedoch, wirksame Rechtsgeschäfte unerlaubten Inhaltes als einen Ausnahmefall, deren Nichtigkeit aber als die Regel anzusehen[7]. Im Folgenden soll daher auch die Rechtsfort-

---

[7] Denn es ist schlechterdings unvorstellbar, daß die Rechtsordnung einerseits eine Handlung durch Gesetz verbietet, und andererseits dem Adressaten des Verbotes gebietet, eben diese Handlung vorzunehmen, um so ein rechtsgeschäftliches Leistungsversprechen zu erfüllen (vgl. zu diesen Fragen etwa: Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S.54ff., Kelsen, Reine Rechtslehre, 2.Aufl., 1960, S.209f.).

bildung in der zuletzt beschriebenen Weise - Rechtsfortbildung zum Zwecke der Restriktion eines Nichtigkeitsprinzipes - aufgefaßt werden.

Damit sind zunächst einmal nur die Besonderheiten des Zieles gekennzeichnet, das mit der Rechtsfortbildung als Instrument der "Verbotsfolgenermittlung" verwirklicht werden soll. Aber auch der Vorgang der Rechtsfortbildung selbst weist in casu möglicherweise Eigenarten auf. Ihnen soll nunmehr nachgegangen werden.

2. Die Eigenarten der Rechtsfortbildung als Instrument der Verbotsfolgenermittlung aufgrund der besonderen Struktur gesetzlicher Verbotsfolgenanordnungen:

Wie bereits ausgeführt[8], besteht das Wesen des Analogiebeschlusses darin, eine neue Norm zu schaffen. Dabei ist der Tatbestand der neuen Norm so auszugestalten, daß sich unter ihn auch der regelungsbedürftige, jedoch bislang ungeregelte Sachverhalt subsumieren läßt, dessen Existenz überhaupt erst das Verfahren der Rechtsfortbildung "praeter legem" erforderlich macht. An diesen Tatbestand nun knüpft sich eine Rechtsfolgeanordnung, die inhaltlich der der als Bezugsnorm gewählten Vorschrift entspricht. Die "analoge" Norm besteht somit aus zwei neu zu bildenden Elementen. Allerdings bereitet naturgemäß nur die Neuschöpfung des Tatbestandes Schwierigkeiten, während sich die Rechtsfolge aus der Bezugsvorschrift problemlos herleitet.

Demgegenüber scheint die Aufgabe der Rechtsfortbildung beim Ermitteln von Verbotsfolgen andersgeartet zu sein. Hier nämlich ist es prima facie überflüssig, einen neuen Tatbestand zu erarbeiten. Denn der regelungsbedürftige Sachver-

---

[8] Dazu oben S. 286f.

halt besteht augenscheinlich ebenso wie der gesetzlich geregelte Sachverhalt in der Vornahme eines inhaltlich unzulässigen Rechtsgeschäftes, für das der Gesetzgeber allerdings - anders als in dem Vergleichsfall geschehen - keine spezielle Verbotsfolge angeordnet hat. So betrachtet würde sich der Vorgang der Rechtsfortbildung darauf beschränken, einen bereits vorgegebenen Tatbestand mit einer bislang fehlenden Rechtsfolge zu verbinden.

Dieser Eindruck trifft jedoch nicht die Sache. Tatbestandliche Voraussetzung für die gesetzliche Anordnung, ein Rechtsgeschäft sei ungeachtet seines unerlaubten Inhaltes wirksam, ist nicht das Zusammentreffen von Rechtsgeschäft und Gesetzesverstoß. Denn es läßt sich ja nicht sagen, ein Rechtsgeschäft sei wirksam, weil es mit einem gesetzlichen Verbot kollidiere. Dieser Umstand würde an sich gerade die Nichtigkeit des Geschäftes begründen. Wirksamkeitsvoraussetzung ist vielmehr, daß das verletzte Verbot bestimmte Eigenarten aufweist, die es rechtfertigen, von dem Prinzip der Nichtigkeit ungesetzlicher Geschäfte in diesem Sonderfall abzuweichen. Die Besonderheit gesetzlicher Verbotsfolgeanordnungen besteht also darin, daß sie die Wirksamkeitsvoraussetzungen durch die Angabe der verletzten Verbotsvorschrift lediglich umschreiben, nicht aber unmittelbar benennen.

So läßt sich beispielsweise aus § 61 Abs.1 HGB[9] nur

---

[9] § 61 Abs.1 HGB ordnet an, daß der Handlungsgehilfe die Rechtsgeschäfte, die er unter Verstoß gegen § 60 HGB auf eigene Rechnung vorgenommen habe, "als für Rechnung des Prinzipals eingegangen gelten" lassen müsse oder verpflichtet sei, seinen Anspruch auf Vergütung an den Prinzipal abzutreten bzw. sie an ihn herauszugeben, falls er unerlaubterweise Geschäfte für fremde Rechnung eingegangen sei.

Aus dieser Vorschrift ergibt sich, daß Rechtsgeschäfte, deren Vornahme das Konkurrenzverbot des § 60 Abs.1 HGB verletzt, wirksam sein müssen. Sie wird uns im weiteren Verlauf der Untersuchung noch einmal beschäftigen; siehe dazu unten S.296ff.

entnehmen, daß Verträge, die ein Handlungsgehilfe entgegen dem Konkurrenzverbot des § 60 Abs.1 HGB[10] abschließe, gültig seien. Die Voraussetzungen jedoch, an die sich die Rechtsfolge der Wirksamkeit knüpft, sind dort nicht ausformuliert. Sicherlich zählt zu ihnen aber nicht der Umstand, daß der Handlungsgehilfe durch die Vornahme des Rechtsgeschäftes § 60 HGB zuwiderhandelt.

Auch das der Verbotsfolgenermittlung dienende Analogieverfahren gliedert sich mithin in zwei Phasen auf:
Zunächst ist für die neu zu schaffende Norm ein Tatbestand zu formulieren. Sodann ist diesem eine Rechtsfolge zuzuordnen, die der der Bezugsnorm entspricht.

Gleichwohl unterscheidet sich diese Form des Analogieschlusses erheblich von der üblichen Rechtsfortbildung "praeter legem". Hier gilt es zunächst, den Tatbestand der Bezugsnorm herauszuarbeiten, ehe sich sodann der regelungsbedürftige Sachverhalt auf Ähnlichkeiten mit diesem Tatbestand hin untersuchen läßt. Für jenen Sachverhalt gilt im übrigen dasselbe. Auch er besteht nicht in dem Vorhandensein eines gesetzwidrigen Rechtsgeschäftes schlechthin, sondern darin, daß dieses Rechtsgeschäft gegen eine Verbotsvorschrift ganz bestimmter Struktur verstößt. Schon während der ersten Phase der Rechtsfortbildung bedarf es in casu folglich komplizierter Tatbestands- bzw. Sachverhaltsanalysen, die sonst nicht erforderlich sind. So ist es ja nicht immer ohne weiteres ersichtlich, an welche Wesensmerkmale einer Verbotsnorm der Gesetzgeber die Anordnung der Wirksamkeit gegen sie verstoßender Rechtsgeschäfte knüpft. Bei der Lösung solcher Fragen spielt insbesondere die Entstehungsgeschichte der betreffenden Verbotsfolgenanordnung eine wichtige Rolle.

---

10 § 60 Abs.1 HGB untersagt es dem Handlungsgehilfen, ohne Einwilligung des Prinzipals ein Handelsgewerbe zu betreiben oder in dem Handelszweig des Prinzipals für eigene bzw. fremde Rechnung Geschäfte zu machen.

II. Die Rechtsfortbildung in Form der Einzelanalogie als Instrument der Verbotsfolgenermittlung, eine Analyse am Beispiel der gegen § 56 Abs.1 Nr.6 GewO verstoßenden Darlehensgeschäfte.

Wie bereits[11] festgestellt wurde, hat der BGH in seinen jene Geschäfte betreffenden Urteilen die Verbotsfolgen der Sache nach nicht durch eine Auslegung des § 56 Abs.1 Nr.6 GewO ermittelt. Vielmehr gelangte er aufgrund von Zweckmäßigkeitserwägungen, die jenseits der Grenze einer Norminterpretation angesiedelt waren, zu dem Ergebnis, im Reisegewerbe abgeschlossene bzw. vermittelte Kreditverträge seien als nichtig anzusehen, weil sich der durch § 56 GewO angestrebte Kundenschutz nur auf diesem Wege sicher erreichen lasse[12].

Es hätte im vorliegenden Fall jedoch nahegelegen, die notwendige, aber durch § 56 GewO nicht getroffene Verbotsfolgenanordnung mit Hilfe eines Analogieschlusses aus speziellen Vorschriften zu gewinnen, die sich mit ähnlichen Arten "ungesetzlicher"[13] Rechtsgeschäfte befassen.

Nach Ansicht des BGH[14] dient das Verbot des § 56 Abs.1 Nr.6 GewO der Verwirklichung folgender drei Schutzzwecke:

---

11 Siehe oben S.280f.

12 BGHZ 71, 358, S.362.

13 Nach den Ergebnissen des zweiten Teils der Untersuchung handelt es sich zwar bei den unter Verstoß gegen § 56 GewO zustandekommenden Kreditverträgen nicht um "verbotene" Rechtsgeschäfte, besitzen sie doch keinen gesetzwidrigen Inhalt. Jedoch werden gerade an diesem Vertragstypus - zählt man, wie es allgemein geschieht, auch die unter gesetzwidrigen Umständen vorgenommenen Rechtsgeschäfte zu den verbotenen - die Möglichkeiten der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung als Instrument der Verbotsfolgenermittlung besonders deutlich.

14 A.a.O. (N.12), S.361 (unter Nr.3). Es läßt sich jedoch möglicherweise darüber streiten, ob § 56 GewO tatsächlich all den Schutzzwecken dient, die der BGH anführt; vgl. dazu Ungerbieler, Zur Nichtigkeit von Darlehensverträgen wegen Verstoßes gegen § 56 I Nr.6 GewO, NJW 1980, 568. Für eine prinzipielle Auseinandersetzung mit der vom BGH geübten Technik der Verbotsfolgenermittlung ist eine Lösung dieser Streitfrage jedoch ohne Belang. Es wird dem BGH daher im Folgenden in seiner Beurteilung der ratio des § 56 GewO gefolgt.

Es solle zum ersten die von Reisegewerbetreibenden aufgesuchte "minderbemittelte Bevölkerung"[15] vor dem Eingehen unüberlegter Verpflichtungen bewahren. Außerdem habe es sicherzustellen, daß die Entschließungsfreiheit der Kunden nicht durch irreführende mündliche Angaben beeinträchtigt werde[16]. Schließlich richte sich das Verbot gegen den Abschluß wucherischer Geschäfte[17].

Es gibt nun drei gesetzliche Vorschriften, die die Frage der Wirksamkeit von Rechtsgeschäften regeln, deren Abschluß mit unerwünschten Begleitumständen verbunden ist oder zumindest verbunden sein kann:

§ 138 Abs.2 BGB ordnet die Nichtigkeit wucherischer Geschäfte an; § 123 BGB gewährt dem arglistig Getäuschten ein Anfechtungsrecht; § 1 b Abs.1 des Abzahlungsgesetzes sieht - im Hinblick auf die Gefahr unseriöser Vertriebsmethoden[18] - vor, daß Abzahlungskäufe erst dann wirksam werden, wenn der Käufer seine Willenserklärung nicht binnen Wochenfrist widerrufen hat.

Der durch § 56 Abs.1 Nr.6 GewO "verbotene"[19] Kreditvertrag weist einerseits Ähnlichkeiten mit den Rechtsgeschäften auf, deren Nichtigkeit bzw. Anfechtbarkeit die §§ 138, 123 BGB vorsehen. So verstößt in allen drei Fällen die eine der beteiligten Parteien gegen ein gesetzliches Verbot, das die Willensfreiheit des Geschäftspartners schützen soll. Eine Parallele

---

15 BGHZ 71, 358, S.361 (unter Nr.3).

16 A.a.O.

17 A.a.O.

18 Vgl. die Begründung des Bundesrates zu dem seinerzeit eingebrachten Gesetzesentwurf zur Änderung des Abzahlungsgesetzes, abgedruckt in BT-Drucksache 7/598. Siehe hierzu auch die Darstellungen bei Bartsch, Privatrechtlicher Schutz des Verbrauchers bei Haustürgeschäften, ZRP 1973, 219, S.220 (unter Nr.III.) f., sowie Löwe, Neuerungen im Abzahlungsrecht, NJW 1974, 2257.

19 Siehe dazu oben S.292 N.13.

zum Abzahlungskauf besteht andererseits darin, daß der Gesetzgeber beide Vertragstypen im Hinblick auf mögliche, wenngleich nicht stets anzutreffende, Unregelmäßigkeiten einer besonderen Behandlung unterzieht, indem er sie zum Gegenstand eines Verbotsausspruches macht bzw. sie mit einer ungewöhnlichen Wirksamkeitsvoraussetzung verknüpft.

Wie sich an § 123 BGB zeigt, ist dem Zivilgesetzgeber die Vorstellung nicht fremd, denjenigen, dessen Interessen ein unerlaubtes rechtsgeschäftliches Handeln beeinträchtigt, selbst darüber entscheiden zu lassen, ob ihn fehlerhaft zustandegekommene Vereinbarungen binden sollen oder nicht. Daß der Abschluß von Darlehensgeschäften im Reisegewerbe gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, schließt danach nicht notwendig die entsprechende Anwendung solcher Vorschriften aus, die wie § 123 BGB bzw. § 1 b des Abzahlungsgesetzes weder eine eo-ipso-Nichtigkeit anordnen noch die absolute Wirksamkeit bestimmter Rechtsgeschäfte verfügen. Es ist also unter diesem Gesichtspunkt nicht ausgeschlossen, die in casu zu "ermittelnde" Verbotsfolge einer der genannten Normen zu entnehmen, sofern die dort zum Anknüpfungspunkt für eine Wirksamkeitsanordnung gewählten tatsächlichen Voraussetzungen den hier anzutreffenden ähneln.

Allerdings bedarf es im vorliegenden Fall deshalb keiner eingehenderen Untersuchung, worin sich das betrügerische (anfechtbare) Rechtsgeschäft von anderen ungesetzlichen und daher nichtigen Rechtsgeschäften unterscheidet, weil sich das Verbot des § 56 GewO - wenngleich in der Form eines abstrakten Gefährdungsdeliktes - neben anderem gerade auch auf Täuschungshandlungen bezieht. Hier gehört daher zum Verfahren des Analogieschlusses ausnahmsweise einmal nicht das Schaffen eines neuen Tatbestandes.

Jedoch könnte eine entsprechende Anwendung von Normen nach Art der §§ 123 BGB, 1 b des Abzahlungsgesetzes daran schei-

tern, daß § 56 Abs.1 Nr.6 GewO ja nicht nur den Abschluß betrügerischer Darlehensgeschäfte verhindern, sondern auch das Zustandekommen wucherischer Vereinbarungen unterbinden soll. Derartige Geschäfte aber sind gem. § 138 Abs.2 BGB nichtig; bei ihnen hat der vom Gesetz geschützte Geschäftspartner keine Wahlmöglichkeit. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, daß § 56 GewO ja nicht verlangt, das einzelne Rechtsgeschäft müsse tatsächlich den Wuchertatbestand erfüllen. Vielmehr hat sich der Gesetzgeber lediglich an einer derartigen Möglichkeit orientiert, als er das Verbot des § 56 schuf. Es besteht daher kein zwingender Grund, Verträge, die wucherischer Natur sein können, es aber nicht zu sein brauchen, ebenso zu behandeln wie wucherische Geschäfte selbst.

Spricht mithin die Struktur des § 56 GewO nicht gegen eine entsprechende Anwendung von Vorschriften, die dem geschützten Vertragsteil ein Anfechtungsrecht bzw. eine Widerrufsmöglichkeit einräumen, so bleibt noch die Entscheidung für eine der in Betracht kommenden Normen, § 123 BGB oder § 1 b des Abzahlungsgesetzes.

Vergleicht man die beiden Regelungen, so bildet - in strafrechtlicher Terminologie gesprochen - § 123 BGB gleichsam ein Erfolgsdelikt, während § 1 b des Abzahlungsgesetzes dem Typus des abstrakten Gefährdungstatbestandes ähnelt. In entsprechender Weise unterscheiden sich auch die jeweils angeordneten Rechtsfolgen. In den Fällen des § 123 BGB ist der (mit Gewißheit) ungesetzlich handelnde Teil eine lange Zeit hindurch der Unsicherheit ausgesetzt, ob der Partner die Willenserklärung anficht oder nicht, steht diesem doch selbst nach Aufklärung des Irrtums noch die Jahresfrist des § 124 BGB zur Verfügung[20]. Demgegenüber entscheidet sich diese Frage für

---

20 In casu müßte natürlich bei entsprechender Anwendung des § 123 BGB die Anfechtungsfrist im Augenblick des Geschäftsabschlusses beginnen. Denn dann kennt der Kunde ja die Umstände, aus denen sich ein derartiges Gestaltungsrecht ergibt.

den Abzahlungsverkäufer binnen einer Woche, hat er den Käufer erst einmal in der vorgeschriebenen Form über dessen Widerrufsrecht belehrt (§ 1 b Abs.2 AbzG).

Die der Rechtssicherheit dienende Lösung des § 1 b des Abzahlungsgesetzes trägt auch der Interessenlage des Darlehensnehmers Rechnung, der unter den Voraussetzungen des § 56 GewO einen Kreditvertrag eingegangen ist. Denn auch bei dem von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäft besteht ja nur die Wahrscheinlichkeit einer unreellen Beeinflussung, ohne daß eine solche tatsächlich stattgefunden haben müßte. Ein Widerrufsrecht im Sinne des § 1 b würde das Verbot des § 56 Abs.1 Nr.6 GewO in sachgemäßer Weise ergänzen[21].

III. Die Rechtsfortbildung in Form der Gesamtanalogie als Instrument der Verbotsfolgenermittlung, eine Analyse am Beispiel der gegen § 8 des Bundesurlaubsgesetzes verstoßenden Arbeitsverträge.

Gem. § 8 des Bundesurlaubsgesetzes[22] darf der Arbeitnehmer keine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit leisten. Umstritten ist, ob auf eine solche Tätigkeit gerichtete "Zweitarbeitsverträge" wirksam sind. Die herrschende Ansicht[23] geht dahin, sie als verbotene und daher nichtige Rechtsgeschäfte im Sinne des § 134 BGB zu qualifizieren. Eine Mindermeinung[24] bejaht hingegen die Wirksamkeit derartiger Rechtsgeschäfte mit dem Argument, der Verbotsverstoß des Arbeit-

---

21 Das OLG Celle, NJW 1978, 1268 (v. 21.7.1978), wendete bei einem gegen § 1 Abs.4 der Preisangabeverordnung (Pflicht zur Angabe des effektiven Jahreszinses) verstoßenden Darlehensvertrag die Regelung des § 1 a Abs.3 des Abzahlungsgesetzes entsprechend an, wonach Abzahlungsgeschäfte, in deren Vertragsurkunde die Angabe des effektiven Jahreszinses fehlt, nach Übergabe der Kaufsache zum Barzahlungspreis zustandekommen.

22 v. 8.1.1963, BGBl. I, S.2.

23 Vgl. etwa Dersch/Neumann, Bundesurlaubsgesetz, 5.Aufl., 1977, § 8, Anm.7 mit zahlreichen Nachweisen.

24 So Diekhoff, Hat der Arbeitnehmer für verbotswidrige Urlaubsarbeit einen Lohnanspruch? DB 1966, 1235; Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 134, Anm.51 a.E.

nehmers beschränke sich auf dessen Verhalten gegenüber dem den Urlaub gewährenden Hauptarbeitgeber.

Arbeitsverträge der vorliegenden Art werden zwar nicht unter verbotswidrigen Umständen abgeschlossen, besitzen aber einen ungesetzlichen Inhalt, muß der Arbeitnehmer doch notwendig gegen das Verbot des § 8 verstoßen, will er die versprochene Leistung erbringen.

Die Diktion der Vorschrift - in ihr ist davon die Rede, daß eine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit nicht stattfinden dürfe - läßt kaum den sicheren Rückschluß auf eine bestimmte gesetzliche Verbotsfolgenanordnung zu[25]. Dasselbe gilt für den Aspekt des Adressatenkreises der Norm. Der Umstand, daß sich das Verbot des § 8 nur gegen den Arbeitnehmer, nicht aber gegen dessen Zweitarbeitgeber richtet, trägt nicht die Folgerung, der Arbeitsvertrag sei ungeachtet seines verbotenen Inhaltes gültig[26].

Die Vorschrift des § 8 enthält demnach keine durch Auslegung ermittelbare Folgenanordnung. Auch ist keine Norm ersichtlich, mit deren Hilfe man im Wege der Einzelanalogie den Verbotsausspruch um die notwendige, jedoch fehlende Regelung ergänzen könnte.

Es läßt sich aber möglicherweise aus einer Mehrzahl von Normen ein Rechtsprinzip herleiten, das die Verbotsfolgenfrage für Fälle gesetzwidriger Vereinbarungen regelt, die eine ähnliche Struktur aufweisen wie die mit § 8 kollidierenden Arbeitsverträge.

Für eine derartige Gesamtanalogie kommen die §§ 137 BGB, 60, 61 HGB in Betracht. § 137 BGB ordnet an, die Befugnis

---

[25] Allerdings folgert Diekhoff, a.a.O., aus der Diktion der Norm auf die Wirksamkeit der Arbeitsverträge.

[26] Siehe zum Adressatenkreis als "Auslegungskriterium" oben S.262ff.

zur Verfügung über ein veräußerliches Recht könne nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. § 61 HGB, der uns bereits in einem anderen Zusammenhang beschäftigt hat[27], bestimmt, daß Rechtsgeschäfte, die ein Handlungsgehilfe entgegen dem Konkurrenzverbot des § 60 HGB vornehme, wirksam seien[28].

Beide Normen befassen sich mit dem Problem der Wirksamkeit von Rechtsgeschäften, deren eine Partei einer Pflichtbindung zuwiderhandelt, die ihr im Interesse einer dritten Person auferlegt ist. Im Falle des § 137 BGB gründet sich die Verpflichtung auf ein Rechtsgeschäft mit dem Dritten; bei § 61 HGB ergibt sie sich - zumindest vordergründig - unmittelbar aus dem Gesetz, nämlich dem Konkurrenzverbot des § 60 HGB.

§ 137 BGB, der die Möglichkeit rechtsgeschäftlicher Verfügungsbeschränkungen ausschließt, jedoch die Gültigkeit entsprechender Verpflichtungsverträge anerkennt[29], bringt

---

27 Siehe oben S.290f.

28 Dies folgt zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 61, wohl aber aus einer systematischen Interpretation dieser Vorschrift im Zusammenhang mit § 60 HGB. Denn der dem Prinzipal in § 61 eingeräumte Anspruch auf Zession derjenigen Forderungen, die der Handlungsgehilfe aus der Vornahme des ihm untersagten Geschäftes erwirbt, wäre wertlos, käme es stets zur Nichtigkeit der betreffenden Vereinbarung. Daher sind die in der gegenwärtigen Kommentar-Literatur zu findenden Hinweise auf das Urteil des OLG Braunschweig v. 26.11.1903 (Seuff. Arch. 59, 257f.) - der anscheinend einzigen instanzgerichtlichen Entscheidung zu § 60 HGB - insoweit mißverständlich, als sie den Eindruck erwecken, man habe es mit einer "Rechtsprechung" zu § 60 HGB i.e.S. zu tun (vgl. etwa die Formulierungen in: Großkommentar zum HGB - Würdinger, 3.Aufl., 1967, § 61, Anm.1, sowie Schlegelberger/Schröder, HGB, 5.Aufl., 1973, § 61, Anm.6; deutlich herausgehoben wird dieser Gesichtspunkt hingegen bei Staub/Bondi, HGB, 14.Aufl., 1932, § 61, Anm.7).

29 Siehe § 137 S.2 BGB.

anerkanntermaßen[30] über die in ihm geregelte Einzelfrage hinaus einen allgemeinen Grundsatz des Zivilrechtes zum Ausdruck:

Dieses Prinzip - v. Tuhr[31] nannte es ein "Axiom" unserer Rechtsordnung - besagt, daß der Private weder insgesamt noch auch nur partiell über seine Fähigkeit zur wirksamen Teilnahme am Rechtsverkehr disponieren könne[32]. Hiernach ist es ausgeschlossen, rechtsgeschäftliche Bindungen dergestalt zu "verdinglichen", daß der Verpflichtete keine die unerlaubte Verhaltensweise betreffenden Vereinbarungen mehr wirksam einzugehen vermag. Vielmehr beschränken sich solche Absprachen auf das Verhältnis "inter partes" und begründen allenfalls Unterlassungs- bzw. Schadensersatzansprüche für den Berechtigten, sollte dessen Geschäftspartner vertragsbrüchig werden.

Während der soeben dargelegte Gedanke der Relativität rechtsgeschäftlicher Bindungen die Verfasser des § 137 BGB ganz offensichtlich geleitet hat, tritt er als Fundament der gesetzgeberischen Entscheidung bei den §§ 60, 61 HGB nicht so unmittelbar zu Tage. Denn bei jenem Normenkomplex hat es zunächst einmal den Anschein, als ginge es nicht um die Beschränkung rechtsgeschäftlicher Bindungen, sondern darum, Vereinbarungen, die mit einem unmittelbaren gesetzlichen Verbot kollidieren, gleichwohl als wirksam zu behandeln.

---

30 Vgl. etwa Baur, Besprechung von Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil, 15.Aufl., JZ 1961, 334, S.335; Burckhardt, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft, 2.Aufl., 1944, S.39; Ehrlich, Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch, 1899, S.24f.; Liebs, Die unbeschränkbare Verfügungsbefugnis, AcP 175, 1975, 1, S.10f.; Soergel/Hefermehl, BGB, 11.Aufl., 1978, § 137, Anm.1; v. Tuhr, Die unwiderrufliche Vollmacht, 1908, S.61; Weitnauer, Die unverzichtbare Handlungsfreiheit, FS für Friedrich Weber, 1975, 429.

31 A.a.O.

32 In ähnlichem Sinne äußert sich auch Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955, S.127f., der es als Musterbeispiel einer contradictio in adiecto bezeichnet, dem Privaten die Möglichkeit zu gewähren, über die Rechtszuständigkeit seiner Person zu disponieren.

Eine eingehendere Analyse der §§ 60, 61 HGB zeigt jedoch, daß dieser erste Eindruck täuscht.

Die ratio des § 60 HGB, der dem Handlungsgehilfen den Betrieb eines Handelsgewerbes bzw. den Abschluß von Geschäften im Handelszweig des Prinzipals untersagt, sofern nicht dessen Zustimmung vorliegt, ist nicht vollkommen unumstritten. So bestehen Meinungsverschiedenheiten darüber, ob diese Norm den Prinzipal nur vor einem wirtschaftlichen Konkurrenten bewahren solle, oder ob der Zweck des Verbotsausspruches (auch) darin bestehe, ihm die ungeteilte Arbeitskraft des Handlungsgehilfen zu erhalten[33].

Für die vorliegende Untersuchung entscheidend ist aber nicht diese Frage, sondern ein anderer Aspekt des § 60 HGB. Wie sich schon aus dem Wortlaut der Norm ergibt, steht das Verbot des § 60 zur Disposition der Parteien. Prinzipal und Handlungsgehilfe können es durch entsprechende Vereinbarungen aufheben, abschwächen oder auch verschärfen[34]. § 60 HGB stellt folglich - so die heute übliche Terminologie[35] - eine

---

[33] Auf den zuerst genannten Schutzzweck heben etwa Großkommentar zum HGB - Würdinger, 3.Aufl., 1967, § 60, Anm.1 und Titze in Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd.2, 1918, § 128, S.786f. ab. Demgegenüber vertrat Karl Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, 2.Aufl., 1912, § 37, S.203 (unter Nr. 4 a) die Ansicht, nur das Verbot der Handelsgeschäfte im Gewerbezweig des Prinzipals diene dem Konkurrenzschutz, das generelle Verbot des Führens eines Handelsgewerbes bezwecke demgegenüber die Erhaltung der Arbeitskraft des Handlungsgehilfen.

[34] Würdinger, a.a.O.

[35] Den wahren Charakter "dispositiver" Normen hebt die von Bülow, Dispositives Civilprozeßrecht, AcP 64, 1881, 1, S.71ff., vorgeschlagene Bezeichnung "ergänzende" bzw. "subsidiäre Norm" hervor. Denn sie macht deutlich - und das ist gerade im vorliegenden Zusammenhang wichtig -, daß die "dispositive" Norm lediglich dazu dient, eine partiell unvollständige Parteivereinbarung zu ergänzen. Die Privaten müssen also derartige Normen nicht i.e.S. "abdingen". Vielmehr erlangen solche Vorschriften erst gar keine Geltung, solange und soweit über die in ihnen geregelten Gegenstände vertragliche Abreden existieren.

"dispositive" ("abdingbare") Vorschrift dar. In ihr kommt die gesetzgeberische Entscheidung zum Ausdruck, den Anstellungsvertrag zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen, sollte er die Frage einer zusätzlichen Erwerbstätigkeit des letzteren ungeregelt lassen, in einer sachgemäßen, dem mutmaßlichen Willen der Parteien entsprechenden Form zu ergänzen. § 60 HGB stellt mithin keine Verhaltensmaxime auf, die die Rechtsordnung den Privaten ohne Rücksicht auf deren Willen vorgeben würde, wie es beispielsweise bei den Verboten des Strafgesetzbuches geschieht. Vielmehr erwächst hier die Pflichtbindung des Handlungsgehilfen der Sache nach aus seiner Vertragsbeziehung zum Prinzipal, haben sich die Parteien auch nicht aktuell über ein Verbot im Sinne des § 60 geeinigt.

Aus dieser Eigenart des § 60 läßt sich nun auch die Verbotsfolgenregelung des § 61 HGB verstehen. In ihr berücksichtigt der Gesetzgeber die Relativität vertraglicher Beziehungen, indem er die Wirksamkeit der unerlaubten Rechtsgeschäfte des Handlungsgehilfen anerkennt und dessen Prinzipal auf Ersatzansprüche gegenüber dem Vertragspartner verweist. Damit erlangt aber in diesem Bereich dasselbe Prinzip Geltung, auf das sich - wenngleich in einer offensichtlicheren Weise - § 137 BGB stützt.

Es lassen sich also die Normen der §§ 137 BGB, 60, 61 HGB auf den gemeinsamen Grundgedanken zurückführen, daß aus einer privatrechtlichen Beziehung erwachsende Verhaltenspflichten grundsätzlich nur das Verhältnis der hieran beteiligten Parteien betreffen, nicht aber eine Außenwirkung gegenüber Dritten zu entfalten vermögen.

Bevor nun allerdings untersucht werden kann, ob das Prinzip der Relativität rechtsgeschäftlich begründeter Verbote auch für mit § 8 des Bundesurlaubsgesetzes kollidierende Arbeitsverträge von Bedeutung ist, gilt es zunächst, noch einem möglichen grundsätzlichen Einwand entgegenzutreten:

Gegen eine Verallgemeinerung des für die §§ 137 BGB, 60, 61 HGB leitenden Grundgedankens scheint nämlich zu sprechen, daß es Rechtsbeziehungen gibt, bei denen der Verstoß gegen eine interne Pflichtbindung die Unwirksamkeit rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen mit Dritten nach sich zieht.

So ist es anerkannt, daß Rechtsgeschäfte nichtig sind, die Beamte entgegen dem Verbot wirtschaftlicher Betätigung abschließen[36]. Ein Beispiel für derartige Verbote bildet § 195 des Preußischen Allgemeinen Berggesetzes[37]. Diese Vorschrift untersagt es, daß Bergbeamte[38] in ihrem Verwaltungsbezirk Bergwerkseigentum bzw. Kuxe (bergrechtliche Anteile) durch staatliche Verleihung ("Mutung") oder - ohne ministerielle Genehmigung - im Wege anderer Rechtsgeschäfte unter Lebenden erwerben[39]. Dem Verbot zuwiderlaufende Geschäfte werden als nichtig angesehen[40].

Zu berücksichtigen ist hierbei jedoch, daß beamtenrechtliche Vorschriften nach Art des § 195 (teilweise) andere Funktionen zu erfüllen haben als Verbote, wie sie etwa § 60 HGB ausspricht. Konkretisiert diese Norm die Treuepflicht des Handlungsgehilfen gegenüber dem Prinzipal, so berühren jene Regelungen nicht nur das Innenverhältnis des Dienstherrn zu seinen Beamten, sondern gleichzeitig auch das Außenverhältnis des Staates zu den Bürgern, denen jene Beamte in Ausübung

---

36 Vgl. etwa Staudinger/Coing, BGB, 11.Aufl., 1957, § 134, Anm.19; a.A. nunmehr, Staudinger/Dilcher, BGB, 12.Aufl., 1979, § 134, Anm.32.

37 v. 24.6.1865.

38 Dasselbe gilt für deren Ehefrauen und minderjährigen Kinder.

39 § 195 Abs.1 schließt den Rechtserwerb durch staatliche Verleihung schlechthin aus, § 195 Abs.2 knüpft den sonstigen rechtsgeschäftlichen Erwerb an das Genehmigungserfordernis.

40 Vgl. Ebel/Weller, Allgemeines Berggesetz, 2.Aufl., 1963, § 195, Anm.2; Isay, Hermann/Rudolf Isay, Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten, Bd.2, 1920, § 195, Anm. B II. 1.

hoheitlicher Gewalt gegenübertreten. Das Gebot der Reinheit der Amtsführung[41] und das aus ihm erwachsende Verbot bestimmter wirtschaftlicher Betätigung reichen also viel weiter als die vertraglichen Treuepflichten, deren Erfüllung der Handlungsgehilfe seinem Prinzipal und ausschließlich diesem schuldet.

Dann ist es aber nur konsequent, die Verbotsfolgen nicht auf die Person des pflichtwidrig handelnden Beamten zu beschränken, sondern auf den außenstehenden Dritten auszudehnen, mit dem er unerlaubterweise eine vertragliche Beziehung eingegangen ist. Eine "Drittwirkung" in derartigen Sonderfällen widerspricht mithin nicht dem Prinzip, daß rechtsgeschäftlich begründete Pflichtbindungen nur das Verhältnis der Vertragsparteien betreffen, nicht aber die Beziehungen zu anderen Personen zu beeinflussen vermögen.

Entsprechend dem Grundsatz der Relativität vertraglich vereinbarter Verbote müßte nun auch ein gegen § 8 des Bundesurlaubsgesetzes verstoßender Arbeitsvertrag für wirksam erachtet werden, sofern auch diese Norm der Sache nach eine rechtsgeschäftliche Bindung des Arbeitnehmers anordnet.

Dies ist dann der Fall, wenn § 8 als "dispositive" [42] Norm den insoweit unvollständigen Anstellungsvertrag mit dem Hauptarbeitgeber um das Verbot urlaubszweckwidriger Erwerbstätigkeit ergänzt.

Im Gegensatz zu § 60 HGB sieht § 8 des Bundesurlaubsgesetzes die Möglichkeit einer abweichenden Regelung zumindest nicht ausdrücklich vor. Jedoch könnte die ratio der Norm darauf hindeuten, daß es den Partnern des Hauptarbeitsvertrages freigestellt sei, von ihr abweichende Vereinbarungen zu treffen.

---

41 Diesem Zweck dient das Verbot des § 195; vgl. Isay, a.a.O. Anm.A.

42 Siehe zu diesem Begriff oben S.300 N.35.

Es werden § 8 gemeinhin zwei Schutzzwecke zugeordnet:[43] Einmal sieht man seinen Sinn darin, den Arbeitnehmer vor den Folgen körperlicher Überbelastung zu bewahren, ihn also gleichsam "vor sich selbst" zu beschützen[44]. Daneben soll § 8 in gleicher Weise aber auch dem Interesse des Arbeitgebers an einer sinnvollen Verwendung des von ihm gewährten Urlaubs Rechnung tragen[45].

In der zuletzt genannten Beziehung konkretisiert § 8 also eine arbeitsrechtliche Treuepflicht und begründet damit eine Bindung des Arbeitnehmers, die typischerweise nur in seinem Vertragsverhältnis mit dem Arbeitgeber Wirkungen entfalten kann[46]. Demgegenüber scheint der andere Schutzzweck dieser Vorschrift allgemein gesundheitspolitischer Art zu sein, was dagegen sprechen würde, dem Verbot nur im Rahmen des Hauptarbeitsvertrages Bedeutung beizumessen.

Man hat in § 8 des Bundesurlaubsgesetzes also eine Verbotsnorm vor sich, die einmal den Anstellungsvertrag des Arbeitnehmers mit dem Arbeitgeber in einer wesentlichen Frage ergänzt, zum anderen jedoch Ziele verfolgt, die nicht an diese Vertragsbeziehung gebunden sind. Sollte es sich um vollkommen gleichrangige Schutzzwecke handeln, dann ließe sich

---

43 Ausdrücklich geschieht dies bei Boldt/Schlephorst, Bundesurlaubsgesetz, 1963, § 8, Anm.1; andere Autoren beschäftigen sich zwar eingehend nur mit einem Schutzzweck des § 8, nämlich mit dem der Erhaltung der Arbeitskraft im Interesse des Arbeitgebers. Jedoch weisen sie gleichzeitig darauf hin, daß das Verbot des § 8 Ausfluß der Regelung des § 1 des Bundesurlaubsgesetzes sei, und diese Vorschrift dient ja eindeutig den Interessen des Arbeitnehmers, indem sie ihm Anspruch auf Erholungsurlaub gewährt (vgl. Dersch/Neumann, Bundesurlaubsgesetz, 5.Aufl., 1977, § 8, Anm.1).

44 Boldt/Schlephorst, a.a.O.

45 Boldt/Schlephorst, a.a.O.; Dersch/Neumann, a.a.O., Anm.13; Stahlhacke, Bundesurlaubsgesetz, 3.Aufl., 1971, § 8, Anm.5; Siara, Bundesurlaubsgesetz, 1963, § 8, Anm.6.

46 So ausdrücklich Siara, a.a.O., Anm.7.

die Wirksamkeit des Zweitarbeitsverhältnisses sicherlich nicht mit einem Hinweis auf die Relativität des Verbotsausspruches begründen.

Eine solche Gleichrangigkeit ist jedoch zu verneinen. Vielmehr geht es § 8 in erster Linie darum, eine dem Arbeitgeber nachteilige mißbräuchliche Verwendung des bezahlten Urlaubes zu verhindern. Der Schutz des Arbeitnehmers ist demgegenüber von zweitrangiger Bedeutung und läßt sich zudem bei der Erreichung des Hauptzieles denknotwendig mit verwirklichen. Dies ergibt sich aus der Behandlung derjenigen Fälle, in denen ein Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses anstelle des ihm nicht mehr gewährbaren Urlaubs eine Abgeltung gem. § 7 Abs.4 des Bundesurlaubsgesetzes erhält und sofort eine neue Beschäftigung aufnimmt. Hier wird ein Verstoß gegen § 8 verneint[47], obwohl sich doch der Arbeitnehmer durch sein Verhalten der Möglichkeit eines - unter Umständen dringend benötigten - Erholungsurlaubes begibt. Vorwerfbar ist das Vereiteln des Urlaubszweckes mithin primär unter dem Gesichtspunkt treuwidrigen Verhaltens gegenüber dem Vertragspartner.

Es besteht daher zwischen dem Verbot des § 8 des Bundesurlaubsgesetzes und dem des § 60 HGB eine so weitgehende Ähnlichkeit, daß es gerechtfertigt ist, den Zweitarbeitsvertrag entsprechend dem Prinzip der Relativität rechtsgeschäftlicher Pflichtbindungen für wirksam zu erachten.

IV. Zusammenfassung.

Die Rechtsfortbildung als Instrument der Verbotsfolgenermittlung ermöglicht es - wie die soeben analysierten Beispiele deutlich machen sollten -, unvollständige Verbotsnor-

---

[47] Dersch/Neumann, Bundesurlaubsgesetz, 5.Aufl., 1977, § 8, Anm.2; Siara, Bundesurlaubsgesetz, 1963, § 8, Anm.4; Stahlhacke, Bundesurlaubsgesetz, 3.Aufl., 1971, § 8, Anm.3 a.E.

men in enger Anlehnung an eindeutige gesetzgeberische Entscheidungen um eine zivilrechtliche Folgeanordnung zu ergänzen.

Das Verfahren der Rechtsfortbildung in diesem Bereich weist wegen der spezifischen Struktur gesetzlicher Verbotsfolgeanordnungen eine Besonderheit auf, die bei der Rechtsfindung "praeter legem" üblicherweise nicht anzutreffen ist:

Der Tatbestand der für den Analogieschluß gewählten Bezugsnorm läßt sich nicht wie sonst unmittelbar aus dem Wortlaut der "entsprechend anzuwendenden" Vorschrift entnehmen. Denn er ist nicht identisch mit dem Verbotstatbestand, auf den sich die gesetzliche Folgeanordnung bezieht. Vielmehr müssen aus dem Verbotstatbestand die positiven Voraussetzungen herausgearbeitet werden, aufgrund deren das Gesetz im Einzelfall ein Rechtsgeschäft trotz des mit ihm verbundenen Verbotsverstoßes für wirksam erklärt. Erst im Anschluß hieran kann dieser Tatbestand auf Ähnlichkeiten mit dem regelungsbedürftigen, jedoch ungeregelten Sachverhalt untersucht werden.

Sollte sich dabei allerdings herausstellen, daß die Struktur des mit einer speziellen Folgeanordnung versehenen Verbotsgesetzes mit jener der insoweit unvollständigen Verbotsnorm nicht vergleichbar ist, so scheidet zwar die Rechtsfortbildung als Instrument der Folgenermittlung aus. Jedoch bedeutet dies nicht, daß die Frage nach der Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäftes gesetzwidrigen Inhaltes nunmehr auf der Grundlage diffuser Zweckmäßigkeitserwägungen zu beantworten sei.

Vielmehr kommt jetzt ein allgemeines Prinzip zur Geltung, das die gesetzlichen Verbotsfolgeanordnungen bzw. aus ihnen im Wege des Analogieschlusses zu schaffende Vorschriften im Einzelfall derogieren:

Dieses Prinzip besagt, daß Rechtsgeschäfte unwirksam seien, wenn und soweit ihr Inhalt im Widerspruch zu den Anforderungen der Rechtsordnung stehe[48].

---

[48] Siehe dazu oben S.287ff.

Ergebnisse und Schlußbetrachtung

§ 134 BGB erwies sich im Verlauf der Untersuchung als eine sehr eigenartige Norm. Erweckte auch ihr Wortlaut zunächst einmal den Eindruck, es handele sich um eine Vorschrift, die an einen klar umrissenen Tatbestand eine eindeutige Rechtsfolge knüpfe, so änderte sich dieses Bild bei eingehenderer Analyse vollständig.

Besonders große Verständnisschwierigkeiten bereitete die Frage, was man sich denn unter einem Rechtsgeschäft vorzustellen habe, das gegen ein gesetzliches Verbot verstoße.

Eine verhältnismäßig problemlose Beziehung von Rechtsgeschäft und Gesetzesverstoß ließ sich nur insoweit ermitteln, als es um Rechtsgeschäfte ungesetzlichen Inhalts ging. Denn in derartigen Fällen bildet ja nicht die Vornahme des Rechtsgeschäftes - also die Abgabe der auf sein Zustandekommen gerichteten Willenserklärungen - die verbotswidrige Handlung. Vielmehr verletzt dort der Vollzug des Rechtsgeschäftes, die Erfüllung der in ihm enthaltenen Leistungsversprechen, gesetzliche Verbote. § 134 BGB beschreibt - wie wir sahen - diesen Zusammenhang auf sprachlich vielleicht ungenaue, sachlich jedoch unbedenkliche Weise. Verbot nebst außerzivilrechtlicher Sanktion einerseits und zivilrechtliche Nichtigkeitsanordnung andererseits ergänzen sich hier zu einem unmittelbar einleuchtenden Komplex von Abwehrmaßnahmen der Gemeinschaft gegenüber einer mißbilligten Erscheinung des Verkehrslebens.

Eine wesentlich kompliziertere Struktur offenbarte hingegen eine zweite Möglichkeit des Zusammentreffens von Rechtsgeschäft und Gesetzesverstoß, die § 134 BGB auch - nach dem Willen seiner Schöpfer sogar vorrangig[1] - regeln soll.

---

[1] Siehe oben S.183 N.1.

Hierbei ging es um Rechtsgeschäfte, die zwar nicht wegen ihres Inhaltes, wohl aber wegen der besonderen Umstände ihrer Vornahme als "verbotswidrig" qualifiziert werden. Ist es noch ohne weiteres nachvollziehbar, daß der Vollzug eines Rechtsgeschäftes normwidrig sein kann, so erscheint es demgegenüber höchst merkwürdig, welchen Sinn ein Verbot des Abschließens von Rechtsgeschäften haben soll.

Denn die Abgabe von Willenserklärungen vermag doch - und hierin erschöpft sich ja die Vornahme von Rechtsgeschäften - keine unerwünschten Wirkungen hervorzurufen, denen mit dem Mittel des Verbotes begegnet werden müßte. Im Gegensatz zu mißbilligten tatsächlichen Handlungen bleiben die Willenserklärungen des Privaten, soweit sie die Rechtsordnung nicht mit ihrer Sanktion versieht, eo ipso folgenlos. Urheber sozialschädlicher rechtlicher Bindungen kann nur die Rechtsordnung selbst sein; die Adressaten etwaiger Verbotsvorschriften kommen hierfür nicht in Betracht.

Die Analyse einer Anzahl von Rechtsgeschäften, die gemeinhin als "verbotene" im Sinne des § 134 gelten, ergab jedoch, daß die scheinbar gegen sie gerichteten Normen in Wahrheit tatsächliche Verhaltensweisen betreffen, die keineswegs mit der Vornahme jener Geschäfte gleichzusetzen sind. Vielmehr dient dem Gesetzgeber - wie an mehreren Beispielen deutlich wurde[2] - die Benennung des Rechtsgeschäftes nur dazu, jene mit ihm (möglicherweise[3]) einhergehenden realen Vorgänge unerwünschter Art zu umschreiben.

Hiernach bildet das Rechtsgeschäft nicht den Verbotsgegenstand, sondern lediglich den Indikator für ein von der Rechtsordnung mißbilligtes Geschehen. Aus dieser besonderen

---

[2] Siehe dazu § 6 der Untersuchung.

[3] Wie wir sahen, sind zahlreiche rechtsgeschäftliche Verbote als abstrakte Gefährdungsdelikte ausgestaltet.

Struktur vermeintlich rechtsgeschäftsbezogener Verbotsnormen folgt nun aber eine Wechselbeziehung zwischen dem Verbotsausspruch einerseits und der zivilrechtlichen Nichtigkeitsanordnung andererseits, die den von § 134 BGB vorgegebenen Zusammenhang geradezu umkehrt: Das Rechtsgeschäft ist nicht deshalb ungültig, weil es gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Vielmehr existiert das Verbot, um zu verhindern, daß die zivilrechtliche Vorentscheidung der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes praktisch wirkungslos bleibt. Verbot und Nichtigkeitsanordnung stehen somit nicht in einem Verhältnis von Tatbestand und Rechtsfolge zueinander, wie es der Wortlaut des § 134 BGB nahelegt. Demgemäß vermag diese Norm auch keinen Aufschluß darüber zu geben, welche zivilrechtlichen Folgen das Zusammentreffen von Rechtsgeschäft und Gesetzesverstoß auslöst, soweit es um Geschäfte geht, die wegen der Umstände ihrer Vornahme als "verbotswidrig" gelten. Bei ihnen ergibt es sich aus allgemeinen zivilrechtlichen Prinzipien, ob die von den Beteiligten gewechselten Willenserklärungen die gewünschte Bindung herbeizuführen vermögen oder nicht. Zu diesen allgemeinen Regelungen zählt etwa § 123 BGB, in dem sich die Entscheidung des Gesetzgebers manifestiert, durch Täuschung oder Drohung verfälschte Willenserklärungen nur insoweit endgültig wirksam sein zu lassen, als es der Erklärende selbst wünscht. Das unter gesetzwidrigen Umständen vorgenommene Rechtsgeschäft unterliegt somit denselben Wirksamkeitsvoraussetzungen wie jedes andere Rechtsgeschäft auch.

Eine Unterscheidung zwischen Normen, die das rechtliche Können beschränken, und solchen, die dem rechtlichen Dürfen Grenzen setzen, läßt sich nicht vornehmen. Denn ein "Können" im Sinne der Fähigkeit, der Rechtsordnung unerwünschte, jedoch von ihr nicht verhinderbare Veränderungen herbeizuführen, gibt es nur im Bereich tatsächlichen Handelns, nicht aber in der Sphäre rechtsgeschäftlichen Tätigseins. Die Zuordnung "rechtlicher Erfolge, wie sie der Gesetzgeber im "Mißbrauchs-

tatbestand" des § 266 StGB vorgenommen hat, ist ihrerseits rein normativer Natur und stellt einen in das System des Deliktsrechts nicht integrierbaren, daher auch einer Verallgemeinerung unzugänglichen Sonderfall dar[4].

Diese Einwände gelten hingegen nicht für das Rechtsgeschäft ungesetzlichen Inhaltes. Denn bei seinem Vollzug kann es zu der jedem Verbot essentiellen Antinomie von Sein und Sollen kommen. Demgemäß läßt sich hier das von § 134 BGB beschriebene Spannungsverhältnis zwischen der von den Parteien gewollten rechtsgeschäftlichen Pflichtbindung und einer hiermit unvereinbaren gesetzlichen Pflichtbindung eines oder aller Beteiligten vorstellen. Auch gewinnt nunmehr die "Regel"[5] von der Nichtigkeit gesetzwidriger Rechtsgeschäfte einen Sinn, die § 134 zu seiner allgemeinen Wortbedeutung nach zu postulieren scheint, gibt sie doch nur dem selbstverständlichen Gedanken Ausdruck, daß die Rechtsordnung nicht zwei einander widersprechende Normbefehle erteilen könne.

Wie sich im dritten Teil der Untersuchung[6] herausgestellt hat, wird das aus jenem Gedanken erwachsende Prinzip der Nichtigkeit (d.h. der Nichtanerkennung) von Rechtsgeschäften ungesetzlichen Inhaltes in bestimmten Ausnahmefällen durch gesetzliche Anordnungen bzw. hieraus im Wege des Analogieschlusses zu gewinnende Normen eingeschränkt. Lassen sich solche Vorschriften jedoch nicht ermitteln oder schaffen, so bleibt es bei dem Grundsatz der Nichtigkeit entsprechender Vereinbarungen.

Es sind also auch im Bereich des § 134 BGB durchaus präzise faßbare Regeln anzutreffen, ist man sich dessen bewußt, daß nur der Inhalt, nicht aber die Umstände der Vornahme eines Rechtsgeschäftes darüber entscheiden können, ob es als "verbotenes" Geschäft zu qualifizieren sei oder nicht.

---

[4] Siehe oben S. 69.

[5] Allerdings sollte § 134 BGB nach dem Willen seiner Schöpfer eine solche Regel nicht aufstellen; siehe oben S. 250.

[6] Siehe oben S. 287ff.

Lebenslauf

Am 26.11.1948 wurde ich als Sohn des kaufmännischen Angestellten Kurt Amm und seiner Ehefrau, der Verwaltungsangestellten Elisabeth, geb. Schwabe, in Wuppertal geboren.

Dort besuchte ich die Volksschule und das neusprachliche Gymnasium "Aue", an welchem ich 1967 die Reifeprüfung ablegte.

Nach Beendigung des Grundwehrdienstes begann ich mit dem Sommersemester 1969 das Studium der Rechte an der Ruhr-Universität Bochum. Am 15.6.1973 bestand ich das erste juristische Staatsexamen vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Hamm.

Den juristischen Vorbereitungsdienst absolvierte ich im Bereich des Oberlandesgerichtes Düsseldorf. Das zweite juristische Staatsexamen legte ich am 29.3.1976 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf ab.

Sodann war ich von Mai bis August 1976 als Richter auf Probe beim Landgericht Wuppertal und von Dezember 1976 bis Dezember 1980 als wissenschaftlicher Assistent beim Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Antike Rechtsgeschichte und Römisches Recht der Ruhr-Universität Bochum tätig. Seit Januar 1981 bin ich Bediensteter der Universität Düsseldorf.

D. GRÄBNER
DISSERTATIONS U. OFFSETDRUCKEREI

Gotenstraße 3
8602 Altendorf bei Bamberg
Telefon 09545/8791